

MARIA CANDIDA DO AMARAL KROETZ

**ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO E RECOMPOSIÇÃO PATRIMONIAL**

CURITIBA

2005

MARIA CANDIDA DO AMARAL KROETZ

**ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO E RECOMPOSIÇÃO PATRIMONIAL**

**Tese apresentada como requisito parcial à
obtenção do grau de Doutor, ao Programa
de Pós-Graduação em Direito, ao Setor de
Ciências Jurídicas e Sociais da
Universidade Federal do Paraná.**

Orientador: Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

**CURITIBA
2005**

TERMO DE APROVAÇÃO

MARIA CANDIDA DO AMARAL KROETZ

ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO DIREITO CIVIL BRASILEIRO
CONTEMPORÂNEO E RECOMPOSIÇÃO PATRIMONIAL

Tese aprovada como requisito parcial à obtenção do grau de Doutor no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Luiz Edson Fachin

Curitiba, 27 de junho de 2005.

*Este trabalho é dedicado ao Tarcísio,
em agradecimento ao incentivo
e apoio dispensados.*

AGRADECIMENTOS

Ao Professor José Francisco Ferreira Muniz, inesgotável fonte.

Ao Professor Doutor Luiz Edson Fachin pela valiosa orientação na elaboração desta tese, marcada por diretivas exatas, acuradas observações, constante estímulo, plena presteza de atendimento e delicadeza de trato ímpar.

Aos Professores Doutores Edevaldo Brito, José Antonio Peres Gediel, Ricardo Aronne e Ana Carla Harmatiuk Matos, membros da banca examinadora da tese apresentada para fins de doutoramento, pela especial atenção na análise deste trabalho e pelas considerações tecidas.

Ao Professor Doutor Ricardo Marcelo Fonseca pelas valiosas sugestões.

À professora Antônia Schwinden pela revisão dos originais.

Aos meus pais Ione e Gariba pela formação recebida e pela ajuda cotidiana.

Ao Tarcísio pelo incentivo e apoio pleno.

Às queridas Maria Eugênia, Maria Augusta e Maria Cristina pela compreensão e pelo carinho.

SUMÁRIO

RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUÇÃO	1
I. PARTE 1: MARCOS PARA O ESTUDO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	11
I.1 - PREMISSAS	12
I.2 - AS ELOQUENTES RAÍZES HISTÓRICAS	20
I.3 - OS DIVERSOS PARADIGMAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	35
I.4 - ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	67
I.5 - OBJETO DA OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	104
II. PARTE 2: O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	114
II.1 - HIPÓTESES DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NOS QUADROS DO ENRIQUECIMENTO FORÇADO	120
II.2 - PAGAMENTO INDEVIDO	135
II.3 - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO NO PATRIMÔNIO ALHEIO	144
II.4 - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DECORRENTE DA INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	162
II.5 - ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E CONTRATO	170
CONCLUSÃO	180
BIBLIOGRAFIA	186
ÍNDICE	195

RESUMO

O enriquecimento sem causa é descrito como um mecanismo satisfatório para recomposição patrimonial em casos em que tenha ocorrido uma transferência de bens ou direitos desprovida de uma causa justificativa juridicamente aceitável. Parte-se da concepção do enriquecimento sem causa como uma fonte de obrigações. São examinados os diversos paradigmas coexistentes para explicitar a dimensão do enriquecimento sem causa adotada: nem tão ampla quanto um princípio geral de direito, nem tão restrita quanto sua redução a categorias previamente tipificadas. Toma-se o artigo 884 do novo Código Civil como cláusula geral em constante construção. São explicitados os elementos necessários à caracterização do enriquecimento sem causa – enriquecimento, ausência de causa e obtenção à custa de outrem – e afastados os requisitos reducionistas - subsidiariedade da obrigação de restituir, ausência de culpa de quem exige a restituição, exigência de imediação e necessidade de um empobrecimento concomitante. Sustenta-se que o valor da restituição do enriquecimento deve corresponder ao valor objetivo da vantagem adquirida – enriquecimento real – limitado à diferença para maior produzida no patrimônio do enriquecido – enriquecimento patrimonial – somente nos casos em que este tenha agido de boa-fé. Aduz-se aos casos mais freqüentes de enriquecimento sem causa: benfeitorias, acessões, pagamentos indevidos, prestações derivadas de contratos inválidos, vantagens obtidas por intervenção em bens ou direitos alheios e contratos com flagrante desequilíbrio na equivalência das prestações.

ABSTRACT

Unjust enrichment is described as a satisfactory mechanism for pecuniary restitution in cases in which there has been a transfer of wealth without a legally accepted justification. It parts from the conception of unjust enrichment as a source of obligations. The various coexisting paradigms are examined to make explicit the dimension of the unjust enrichment adopted: not as broad as a general principle of law, nor as restricted as its reduction to previously characterized categories. It takes Article 884 of the new Civil Code as a general clause in constant construction. The elements necessary to characterize unjust enrichment are made explicit – enrichment, absence of cause, and being at the cost of another – and reductionist requirements are separated – subsidiarity of the obligation to make restitution, absence of faults in the one who seeks restitution, a requirement of proximity, and necessity of concomitant impoverishment. It argues that the amount of restitution for the enrichment must correspond to the objective value of the advantage acquired – actual enrichment – limited to the increase produced in the wealth of the one who is enriched – patrimonial enrichment – only in cases in which the one who is enriched has acted in good faith. It presents the most frequent cases of unjust enrichment: improvements, accessions, undue payments, consideration deriving from invalid contracts, profits obtained by intervention in another's property or rights, and contracts with flagrantly unequal consideration.

INTRODUÇÃO

A partir de preocupações teóricas e estímulos de ordem prática pode se detectar que, no Brasil, a vedação do enriquecimento sem causa, como modo de recomposição patrimonial, parece carecer de uma adequada sistematização doutrinária, legislativa e jurisprudencial. A pesquisa realizada moveu-se com o intuito de enfrentar esta questão e, na medida do possível, contribuir formulando propostas para colmatar as lacunas observadas, bem como elucidar as possibilidades de aplicação do enriquecimento sem causa como mecanismo adequado para reverter as atribuições patrimoniais desprovidas de causa justificativa.

Analisando-se a doutrina e jurisprudência brasileiras, constatou-se que o tema do enriquecimento sem causa não é largamente difundido. Isso está a justificar que sejam envidados esforços tendentes a preencher um vazio no direito obrigacional nacional. Faz-se necessário manuseá-lo para conhecê-lo e revelá-lo.

Essa colocação não simplifica nem reduz a problemática e tampouco sugere que se almeje esgotar o tema. Em verdade, põe a lume uma realidade incontestável, na medida em que não há uma concepção genericamente aceita e compartilhada sobre o enriquecimento sem causa, nem mesmo entre os juristas. De outro lado, o enriquecimento sem causa é uma figura que, apesar de ainda não ter

os contornos perfeitamente delineados na dogmática¹, surge promissora como ponta de lança na evolução do direito patrimonial.

O enriquecimento sem causa possibilita que se recolham e sistematizem os saberes já produzidos e, examinando-os sob um novo ângulo, se faça uma releitura do instituto, para apresentar proposições consentes com as necessidades da atualidade, numa autêntica travessia da ótica clássica à contemporaneidade. Na expressão de José ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, o enriquecimento sem causa é uma palavra nova, mágica, insinuante e cheia de poder sedutor, que pretende renovar o direito em tudo que lhe for permitido.²

O tema da pesquisa mostra-se complexo e plural. O enriquecimento sem causa, sendo uma criação jurídica, traduz um estágio juscultural e exprime um modo de decidir próprio de certa ordem sociojurídica. Isto implica que se busque a sua explicação em termos históricos e sua integração nesta ordem sociojurídica. A cientificidade do enriquecimento sem causa corresponde à efetiva possibilidade de serem resolvidas questões concretas mediante sua aplicação. É com vista ao equacionamento dessas questões concretas, mediante o auxílio das fontes, da doutrina e da jurisprudência que se buscará traçar o regime atual do enriquecimento sem causa.

Desde logo advirta-se que para realização deste mister foi decisiva a obra de Júlio Manuel VIEIRA GOMES – *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento*

¹ O sentido em que está empregada a expressão dogmática é aquele impresso por Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, na introdução à sua consagrada obra, *Da boa-fé no direito civil*, p. 30: “Nas palavras de Esser: a dogmática é o caminho de tornar questões de justiça, nos seus diversos âmbitos, juridicamente operacionais. A dogmática não constitui, apenas, um elemento decisivo na captação do material jurídico; ela permite a verificação racional das soluções encontradas e a sua crítica; pressupondo um nível organizatório elevado da ordem jurídica, ela deve servir às necessidades da vida. Neste sentido entende-se, aqui, a dogmática e não num outro, algo difundido e fonte de confusões pelas críticas indiscriminadas que possibilita, no qual dogmática se identifica com axiomatismo ou conceptualismo, postulando uma dedução lógica de proposições a partir de um núcleo central, e culminando na subsunção”.

² José Antonio Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 3.

forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa – à qual este trabalho é em grande medida tributário. A profunda análise do enriquecimento sem causa realizada pelo autor português, incluindo incursões na doutrina alemã clássica e no arrojado inovador do direito inglês, serviu de guia constante. A par das diversas outras obras que tanto contribuíram para execução do trabalho, não se pode deixar de mencionar a influência do pensamento vanguardista de JOSÉ ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, na obra *El enriquecimiento sin causa*. Vanguardista no sentido de ousar na ótica de análise e de acreditar nas inúmeras possibilidades do enriquecimento sem causa.

Neste momento inicial reputa-se oportuno esclarecer que o pano de fundo da questão relativa ao enriquecimento sem causa assenta-se em grande medida no sistema de transmissão da propriedade consagrado em cada ordenamento jurídico, o que impede a simples transposição de soluções adotadas em sistemas estrangeiros. No direito brasileiro a atribuição patrimonial, entendida como o ingresso em uma esfera jurídica de um montante, bem ou interesse pecuniariamente aferível, não prescinde de uma causa. E desde logo percebe-se que a vedação do enriquecimento sem causa tem potencial para ocupar um relevante espaço no direito obrigacional, já que pode consistir em instrumento assaz eficiente para o controle da correspondência necessária entre as atribuições patrimoniais e suas causas, prestando-se, em última análise, à concreção do ideal de igualdade que permeia o contemporâneo civil atual.

Inicialmente também é de se apontar que a vetusta figura do enriquecimento sem causa deita raízes no direito romano clássico, mas pode-se dizer que foi esquecida ou propositalmente escanteada no período das codificações do século XIX, já que não se adequava à concepção essencialmente voluntarista e consensualista vigente à época. É interessante notar que tais codificações, inspiradas na matriz francesa do *Code de Napoléon*, não positivaram nenhum

princípio que proibisse o enriquecimento sem causa. Isto porque no sistema teórico criado a 'causa' era vista como um dos requisitos de validade do contrato e à ação anulatória do contrato cumpriria o controle das situações decorrentes de deslocamentos patrimoniais derivados de contratos ilícitos, inexistentes ou *sem causa*. Ocorre que cedo se observou que esta visão de que todos os deslocamentos patrimoniais resolviam-se nos quadros do contrato – expressão acabada de irrestrita autonomia da vontade – revelou-se deturpada, porque era, no mínimo, insuficiente.

O silêncio a propósito do enriquecimento sem causa aparece como correlativo dos princípios individualistas, voluntaristas e nominalistas do sistema instaurado por esses Códigos, princípios estes propensos a sacralizar os contratos, a proteger os patrimônios de toda e qualquer intromissão estranha à vontade do seu titular, contrários à aceitação de obrigações sem o consentimento do obrigado, negadores da exigência do preço justo e do princípio da equivalência das prestações. As exceções admitidas por tais Códigos, na regulação da atualmente superada categoria dos quase-contratos (gestão de negócios e repetição do indevido), aparecem como figuras marginais e construídas dentro de limites estreitos. Outras situações em que se suscitassem problemas de enriquecimento injustificado, como as conseqüências da posse e da acessão, encontravam uma resposta legal específica.

Contudo, talvez até por corresponder a um conceito popularmente consagrado de que ninguém pode locupletar-se às custas de outrem, o instituto sobreviveu, alçado a um estado etéreo de princípio geral de direito, sendo usado com pouca freqüência na jurisprudência e negligenciado na elaboração doutrinal. Disso resultou uma utilização assistemática da noção de vedação do enriquecimento sem causa, baseada em uma repetição de velhos brocardos transmitidos de boca em boca, ou melhor, de decisão em decisão, como verdades inconcussas, ainda que

embrumadas por uma certa dose de incerteza ou confusão. Nas mãos da jurisprudência, a doutrina do enriquecimento sem causa vem sendo muito utilizada como recurso de equidade por aqueles que não se ocupam em racionalizar a aplicação do direito mas em encontrar soluções para o caso concreto.

Esse fenômeno, todavia, tem a virtude de revelar que desde muito há um pré-entendimento³ do tema que reabilita a tradição e a experiência jurisprudencial sobre o enriquecimento sem causa. Em verdade, ele explica uma certa intuição judicial no encontrar soluções acertadas para situações concretas. Assim chegou-se à regulação do enriquecimento sem causa que foi impulsionada por obra dos julgamentos dos intérpretes-aplicadores.

No direito comparado já existe importante elaboração doutrinária, acolhimento legislativo e rica aplicação jurisprudencial do enriquecimento sem causa, mas o panorama jurídico nacional do tema ainda é incipiente. A recente consagração legislativa do enriquecimento sem causa pelos artigos 884 a 886 do Código Civil de 2002 constitui um marco fundamental na disciplina da matéria. Embora se tenha consciência de que, com o surgimento dos diversos microssistemas que pretendem disciplinar a vida de relação, o Código Civil tenha perdido o papel central que desfrutava no sistema⁴ e adquirido um caráter periférico e supletivo, ele ainda é um

³ Nas palavras de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 38, “O fenômeno do pré-entendimento jurídico não se queda pelo apreender de textos: a detecção dos problemas carecidos de regulação – que vai, de si, com a própria regulação – é, em grande parte, obra dos pré-julgamentos do intérprete-aplicador. As perspectivas desta instrumentação, a aprofundar nos próximos anos, já que, só aos poucos, a temática, não nova, vai chegando à dogmática, são consideráveis. Explicam a intuição judicial no encontrar, com deficiências de fundamentação, de soluções acertadas e permitem alargar as potencialidades sindicantes do sistema.”

⁴ Conforme Pietro Perlingieri, *Perfis do direito civil – Introdução ao direito civil constitucional*, p. 6: “Numerosas leis especiais têm disciplinado, embora de modo fragmentado e por vezes incoerente, setores relevantes. O Código Civil certamente perdeu a centralidade de outrora.”

bastião, um relevante componente da regulação patrimonial dos interesses do sujeito.⁵

Inicialmente é preciso reconhecer que impedir o enriquecimento injusto à custa de outrem é um dos princípios mais gerais do ordenamento jurídico e constitui uma das finalidades precípua do direito das obrigações. Todas as normas tendem mais ou menos diretamente a obter uma distribuição equilibrada dos direitos e interesses nas relações de interdependência. Se o comprador e o vendedor se comprometem reciprocamente a entregar o preço e a coisa, se o mandatário deve prestar contas de sua gestão ao mandante, se a consequência da resolução do contrato determina a devolução do recebido, se deve-se reparar o dano causado e assim por diante, tudo isto em última análise pretende impedir que transferências patrimoniais injustificadas se produzam.

Nessa medida, não há como se negar que a vedação do enriquecimento injusto seja um princípio geral de direito entendido como uma daquelas grandes

⁵ Até porque o direito civil, especialmente no direito das obrigações, parece ter preservado um regime, oriundo de Roma, que tem sobrevivido às diversas oscilações político-sociais. E neste ponto compartilha-se a opinião que foi externada por Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 35-36: “Uma dogmática dinâmica deve ter capacidades de aderência à realidade, enquanto o convergir de sociedades técnicas reduz a margem de oscilação. A possibilidade de evitar rupturas depende em última análise, da margem constitucional, face à abertura da sociedade correspondente. O restringir progressivo das ideologias, aplicadas a temas de exercício e natureza do poder ou a aspectos quantitativos da apropriação, deixa o Direito civil numa área pouco sensível, sobretudo no domínio das obrigações, cujo regime, oriundo de Roma, tem sobrevivido aos sistemas político-sociais mais diversos. Crises do Direito, de origem ideológica, a haver, manifestar-se-iam, assim, no campo constitucional, embora seja de notar, por uma amostragem nacional e estrangeira, que face a constituições consideradas idôneas, a tendência vá para o reforço da interpretação convencional, num neopositivismo jurídico-constitucional, ao arrepio do que sucede no Direito privado. No entanto, como instância de controlo, o plano ideológico não deve ser esquecido: nas áreas de largo consenso, como no da liberdade ou no da igualdade, ele pode reforçar a jussubjectivação ou a proscrição do arbítrio, base de qualquer sistemática, por exemplo, nas áreas de consenso menor, ele deve permitir uma maleabilidade acrescida de saídas, como forma de manter o essencial.” A adesão a esta corrente doutrinária não significa que se adote a concepção de direito vigente no período das grandes codificações, assim descrita por Pietro Perlingieri, *op. cit.*, p. 58, “À época da emanção do Código, o sistema jurídico era visto principalmente na acepção recebida pela pandectista: os dogmas imperantes – acreditados por uma longa tradição de elaboração do direito romano – eram o carácter sacro da propriedade privada e o poder da vontade do sujeito.” Tem-se plena consciência das insuficiências da dogmática clássica e da necessidade de prosseguir no desenvolvimento do direito em uma dimensão histórico-relativa.

orientações da ordem positiva, que a percorrem e vivificam, e tem a potencialidade de conduzir a novas soluções. Porque a ordem jurídica não é um amontoado casual de elementos, é iluminada por grandes orientações que lhe dão o travejamento básico e que, como componentes da lei, merecem o mesmo respeito e a mesma obrigatoriedade da própria lei. Assim, o princípio da boa-fé, o princípio da conservação dos negócios jurídicos e tantos outros que têm sido elaborados.

Fala-se em princípios da ordem jurídica e não em princípios da ordem legal que se referem ao ordenamento no seu conjunto e que permitem a evolução da ordem normativa em que pese as leis fiquem aprisionadas em fórmulas que não se atualizam. No mesmo sentido a posição de LARENZ, que entende que os princípios pertencem verdadeiramente ao conteúdo do 'direito positivo', desde que por tal não se compreenda apenas a lei, mas sim a totalidade da ordem jurídica vigente; mas eles não brotam nem da lei nem da jurisprudência, antes estão subjacentes a ambas.⁶

Tradicionalmente o escopo traduzido nesse princípio geral de vedação do enriquecimento sem causa foi freqüentemente perseguido por meio de normas específicas – anulabilidade, gestão de negócios, responsabilidade civil – sem recurso direto ao enriquecimento sem causa. E foi este remodelar constante do princípio geral do enriquecimento sem causa, mediante o papel essencial da jurisprudência, que acabou por fazer com que ele se emancipasse também como realidade jurídica autônoma necessária e suficiente a regular um determinado conjunto de situações.

No Direito Civil brasileiro essa operação consolidou-se com a consagração, pelo artigo 884 do Código Civil de 2002, de uma cláusula aberta que obriga aquele que, sem justa causa, enriqueceu à custa de outrem, a restituir o indevidamente

⁶ Karl Larenz, *Derecho Justo – Fundamentos de ética jurídica*, p. 32 e segs.

auferido. Em época em que se lançam desafios tendentes a possibilitar a transição do clássico para o contemporâneo com fundamento nas premissas da dogmática crítica, o tema exsurge muito instigador. É que, apesar de suas significativas matrizes históricas, depois de um longo período de exílio do panorama doutrinário, legislativo e jurisprudencial, o enriquecimento sem causa ressurgiu mitigado e enfraquecido, provavelmente pela dificuldade de enquadramento nas categorias preestabelecidas. Mas as infinitas possibilidades do instituto justificam os esforços tendentes a resgatá-lo da posição marginal que vem ocupando, desatrelando-o de quadros mentais obsoletos em que o direito obrigacional exaure-se na temática dos contratos e da responsabilidade civil.

Quando se considera a proibição do enriquecimento sem causa precisamente como uma das fontes de obrigações, não se está aludindo ao significado global e amplo do enriquecimento injusto que se considera e evita por meio das mais variadas instituições jurídicas, mas se dota o enriquecimento sem causa de um significado autônomo como direito gerador de obrigações.

O enriquecimento sem causa é um tema clássico porque tem suas origens na modernidade jurídica, mas esse classicismo basicamente serve como alavanca para projetar o objeto de exame para contemporaneidade quando estão superadas a visão monolítica do direito e os juízos apriorísticos. A tônica que se pretende imprimir à análise é no sentido de promover um afastamento dos desenvolvimentos teóricos da Ciência do Direito⁷, que traduzem a fraqueza do processo juscientífico, para

⁷ Nas palavras de Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 34: “A presença de níveis superiores de discussão, face à realidade investiganda, conduz, como é natural, à possibilidade de discursos autônomos, num afastamento crescente do objecto de investigação. Quando um desenvolvimento desse tipo incidiu no plano sistemático, desembocou-se no conceptualismo. (...) Evite-se, pelo desgaste, falar de crise. Mas há, pela manutenção de desenvolvimentos metassistemáticos, sem conexão com o Direito aplicável, um cientismo estranho à dogmática e logo à metodologia real. Neste ponto, que traduz a inoperância dos desenvolvimentos teóricos em voga, face à necessidade de soluções reais, reside a fraqueza do processo juscientífico actual. O diagnóstico, que aqui se antecipa, pois, por definição, só a dogmática jurídica, demonstrando a disparidade entre afirmações metodológicas e saídas concretas, pode comprová-lo, será traduzido pela idéia de irrealismo metodológico.”

buscar soluções reais, pois o Direito é encarado como um modo de solucionar casos concretos.

A opção realizada foi por ampliar as fronteiras do objeto de estudo para além das considerações centrais do problema, traduzidas em discursos sobre a própria noção de enriquecimento sem causa, o que apenas contribuiria para os metadesenvolvimentos de carácter teórico e lingüístico que tanto afligem o panorama juscientífico da atualidade. Busca-se aprofundar a base teórica para que ela se lance como fundamento para as soluções dos problemas que se apresentam na vida de relação.

O estudo desenvolve-se em duas partes: na primeira ficam estabelecidos os marcos para o estudo do enriquecimento sem causa e na segunda são analisadas as diversas situações de ordem prática cujo equacionamento depende de soluções fundadas no enriquecimento sem causa.

A primeira parte inicia-se por esclarecimentos relativos à terminologia adotada e à consideração do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. Adentrando especificamente no tema, começa-se com o exame das eloqüentes raízes históricas do tema que tem origens no direito romano clássico, sofreu influências dos interpoladores bizantinos e posteriormente dos canonistas. Depois, passa-se a explicitar os diversos paradigmas do enriquecimento sem causa desde a sua dimensão principiológica e suas ligações históricas com a equidade até a análise crítica da elaboração doutrinária sobre o enriquecimento sem causa a partir do século XIX até a atualidade. Na sequência, a análise recairá mais detidamente sobre cada um dos elementos do enriquecimento sem causa em sua dimensão contemporânea. Também serão suscitados questionamentos sobre os requisitos reducionistas que costumam vir associados à caracterização do enriquecimento sem causa, quais sejam, a subsidiariedade, a imediação, o empobrecimento do

proprietário e a ausência de culpa pelo deslocamento patrimonial. Pretende-se igualmente situar o enriquecimento sem causa nesta importante seara do privado que é o direito das obrigações, expondo suas relações com a responsabilidade civil, sem deixar de apreciar a dinâmica da restituição propriamente dita, trabalhando os conceitos de enriquecimento real e patrimonial e frisando a prioridade da restituição *in natura*. Da mesma forma passa-se pelo exame das situações em que desaparece o enriquecimento e em que há necessidade de proteger o enriquecido de boa-fé.

Na segunda parte examina-se a casuística do enriquecimento sem causa. Toda a análise foi permeada por um fio condutor apontado por Júlio Manuel VIEIRA GOMES. O objeto da restituição do enriquecimento sem causa é o enriquecimento real, que corresponde ao valor objetivo e autônomo da vantagem adquirida. O enriquecimento patrimonial, que reflete a diferença para maior produzida na esfera econômica do enriquecido se comparadas a situação atual efetiva e aquela hipotética em que se encontraria o patrimônio se a deslocação não houvesse acontecido, funciona apenas como limite da obrigação caso o enriquecido esteja de boa-fé. Com base nesta premissa parte-se para a análise das hipóteses mais freqüentes de aplicação do enriquecimento sem causa, quais sejam, o enriquecimento forçado, os negócios jurídicos nulos ou anuláveis, o pagamento indevido, o lucro por ingerência nos direitos ou bens jurídicos alheios e os enriquecimentos sem causa gerados no âmbito dos contratos.

Por fim, abre-se a oportunidade para autonomizar a tese defendida e apresentar as conclusões extraídas da pesquisa realizada.

PARTE I

MARCOS PARA O ESTUDO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

I.1 PREMISSAS

I.1.1 A OPÇÃO PELA EXPRESSÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Ao mencionar-se institutos como o contrato, o casamento ou a propriedade, até mesmo aqueles indivíduos sem formação técnico-jurídica têm uma noção, ainda que vaga ou imprecisa, do que se trata. Outras expressões como responsabilidade civil, vícios redibitórios ou bem de família são termos cujo significado é de conhecimento restrito aos profissionais do direito. Mas no enriquecimento sem causa o quadro é desolador. Nem mesmo no meio jurídico existe uma idéia clara do que se trata.

Se não se tem sequer uma noção do que seja o enriquecimento sem causa, é provável que ele continue a ser uma saída eventual para conflitos cuja resolução não se obtém nos quadros tradicionais do ordenamento jurídico. E como tal não satisfaz plenamente sua vocação como instrumento jurídico alternativo de resolução de conflitos resultantes de transferências patrimoniais ocorridas fora dos quadros do contrato e da responsabilidade civil.

Note-se que nem sequer na denominação do instituto existe uma unanimidade.⁸ Às vezes fala-se em enriquecimento sem causa, restituição⁹,

⁸ Como observa Manuel De La Cámara Alvarez, Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, p. 139, “La dificultad que el estudio del enriquecimiento injusto conlleva há determinado que todo o casi todo lo que concierne a la institución que nos ocupa sea objeto de discusión y controversia. (...) He dicho que se discute todo o casi todo; empezando por la misma terminología. ¿Enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa?”

enriquecimento injusto ou enriquecimento injustificado como sinônimos¹⁰. Outros autores apontam distinções entre os termos ou os contrapõem.¹¹

Nesta tese optou-se por adotar a denominação “enriquecimento sem causa” porque a expressão já é consagrada nos países latinos (*enriquecimiento sin causa*, *enrichissement sans cause* e *arricchimento senza causa*) e na legislação nacional pelo capítulo IV, do título VII, do livro I, da parte especial do Código Civil (artigos 884 a 886). Sem olvidar, todavia, que esta expressão, além de ser ininteligível para um leigo, padece de forte ambigüidade e imprecisão, especialmente pela sua expressa referência à ‘causa’, que por si só já é um conceito jurídico profundamente cientificizado e em torno do qual não há consenso.¹²

⁹ O termo restituição é muito ambíguo e incorpora a idéia de devolução de uma determinada coisa ou direito que pode decorrer de situações não relacionadas ao enriquecimento sem causa. Todavia há que se salientar que o termo ‘*restitution*’ é o consagrado no *common law* para identificar a mesma área do direito abrangida pelo enriquecimento sem causa dos países de tradição latina. Peter Birks, Na *Introducion to the Law of Restitution*, p. 17, *apud*, Júlio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 84, assevera: “*Restitution and unjust enrichment identify exactly the same area of law. The one term simply quadrates with the other.*”

¹⁰ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 79, salienta que: “Em suma, quer a expressão ‘sem causa’, quer a expressão ‘injusto’, significam apenas que o enriquecimento deve ser restituído, o que parece ter o sabor de uma tautologia: o enriquecimento não tem causa quando deve ser restituído e deve ser restituído quando não tem causa. Contudo, o que isto traduz, como veremos, é que a ausência de causa é uma questão a que as regras do ‘enriquecimento sem causa’ não dão resposta, devendo esta ser procurada noutro lugar do ordenamento.”

¹¹ Manuel de La Cámara Alvarez, *op.cit.*, p. 140, assevera que: “*En la doctrina se habla muchas veces de enriquecimiento injusto y de enriquecimiento sin causa como expresiones que designa un mismo concepto, pero quienes profundizan en el estudio de la institución matizan más. (...) en puridad, no es lo mismo, a mi entender, enriquecimiento injusto que enriquecimiento sin causa, si bien para ambos conceptos están en relación de género a especie.*”

¹² Diogo Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 232-298, analisa diversos autores baseados nos ordenamentos jurídicos francês, alemão, italiano e português para concluir que não há consenso quanto ao conceito de causa.

I.1.2 A CONSIDERAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO UMA FONTE DE OBRIGAÇÕES

Fonte da obrigação é qualquer fato jurídico de onde nasce ou deriva o vínculo obrigacional, dando vida a uma relação creditória. Hoje encontra-se superada a concepção clássica que apontava a lei e o contrato como as únicas fontes de obrigações.¹³ Modernamente, a sistematização das fontes de obrigações não goza de unanimidade perante a doutrina¹⁴ e os diversos ordenamentos jurídicos, mas quatro institutos são invariavelmente apontados como fontes obrigacionais: o contrato, a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios.

¹³ Fernando de Noronha, *Direito das Obrigações*, p. 343, bem sintetiza esta superação: “No fundo, todas estas posições reconduzem-se à famosa classificação bipartida das fontes das obrigações, ‘contrato’ e ‘lei’, formulada no começo do século XX pelo grande mestre francês que foi Planiol. Para ele, atrás de cada obrigação estava ou a vontade legal (obrigações legais), ou a vontade privada (obrigações contratuais): nas obrigações contratuais o dever de prestar derivaria do acordo de vontades, não da lei, a qual só interviria para vincular juridicamente as partes ao contrato celebrado; as demais obrigações seriam consequência do estatuído na lei. Atualmente, com a superação das teses individualístico-liberais que sacralizavam a vontade, o papel desta na constituição de obrigações vem sendo reduzido às devidas proporções, ao mesmo tempo que se reconhece que a lei apenas pode permitir a criação de direitos de crédito, mas nunca criá-los diretamente.”

¹⁴ Classificação diversa apresenta Fernando Noronha, *Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa*, p. 105, que entende que o mais acertado é a tripartição das obrigações, a partir de suas funções: obrigações negociais, de responsabilidade civil e de enriquecimento sem causa. “Na verdade, a cada uma dessas categorias de obrigações corresponde um princípio ético-jurídico diferente, que assinala claramente a diversa finalidade de cada uma. As obrigações negociais têm na sua base o princípio de que quem assume livremente uma obrigação, deve cumpri-la: *pacta sunt servanda*, os pactos têm de ser acatados. É princípio que tem por pressupostos essenciais os princípios da autonomia privada, da boa-fé e da justiça contratual, não deixando, aliás, de estar contido na expressão de Ulpiano *honeste vivere*, viver honestamente. As obrigações de responsabilidade civil baseiam-se essencialmente no princípio *neminem laedere*, não lesar ninguém: quem causa dano a outrem, deve repará-lo. As obrigações de enriquecimento sem causa assentam no princípio *sum cuique tribuere*, dar a cada um o que é seu: quem beneficiou com algo alheio, deve restituir o valor do benefício.”

Essa classificação, assim como as demais classificações dogmaticamente elaboradas, tem por objetivo sistematizar¹⁵ o pensamento jurídico, embora se tenha a consciência de que ela não tem o condão de aprisionar a realidade fática nos limites das categorias que traça. Presta-se muito melhor a organizar estas diversas categorias que guardam entre si similitudes, comungam de princípios gerais e geram conseqüências semelhantes na vida de relação, sem com isso perder suas características peculiares.

Grosso modo, pode-se dizer que o enriquecimento sem causa é um instituto que cria para o enriquecido a obrigação de devolver a parcela do patrimônio de outrem, que foi retirada sem uma causa justificativa. Considerando que a principal conseqüência do enriquecimento sem causa é criar uma obrigação de restituir, é muito difundida na doutrina moderna a linha de pensamento de que o enriquecimento sem causa é uma fonte de obrigações.¹⁶

Quando HUGO VAN GROOT – GROTTIUS OU GROCIO – esteve preso no castelo de Levenstein (1619 a 1621) e escreveu uma “Introdução ao Direito Civil Holandês”, de caráter bastante elementar, com o objetivo de iniciar seus filhos no estudo do Direito, asseverou que o Direito Natural oferece duas fontes de obrigações: o contrato e a desigualdade. Como nem todas as pessoas poderiam ser igualmente ricas, não seria qualquer desigualdade apta a gerar obrigações, mas tão-somente a desigualdade gerada contra a vontade do afetado, quando este sofresse uma perda por um ato de maldade de outrem. A obrigação de enriquecimento

¹⁵ Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 280, leciona: “A função do sistema na Ciência do Direito reside, por conseqüência, em traduzir e desenvolver a adequação valorativa e a unidade interior da ordem jurídica. A partir daí, o pensamento sistemático ganha também a sua justificação que, com isso, se deixa derivar mediamente dos valores jurídicos mais elevados.”

¹⁶ Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 297, leciona que: “A figura do enriquecimento sem causa pode ser isolada como fonte autônoma de obrigações. Não é a lei que, direta e imediatamente, faz surgir a obrigação de restituir. Não é a vontade do enriquecido que a produz. O *fato condicionante* é o *locupletamento* injusto.”

surgiria quando alguém, sem título legal, tirasse uma vantagem da propriedade de outrem. Esta obrigação, segundo GROCIO, derivaria diretamente do Direito Natural, porque depois da divisão da propriedade entre os homens, a eqüidade não permitiria que um homem se enriquecesse a custa de outrem.¹⁷

Dessa formulação primitiva derivaram as proposições de diversos autores tomando o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações. Partindo da perspectiva de que o principal efeito do enriquecimento sem causa é a criação de uma obrigação, a consideração do mesmo como fonte de obrigações é uma verdade inelutável.¹⁸

O Código Civil Brasileiro de 2002, no Livro I, da Parte Especial, que trata do Direito das Obrigações, Título VII que regula os Atos Unilaterais, dedica o Capítulo IV ao tema do Enriquecimento sem Causa. Numa leitura feita do ponto de vista de quem analisa o direito civil por uma ótica sistemática é evidente a locação do instituto no direito obrigacional, sendo que as obrigações por ele geradas não derivam de um acordo de vontades, mas de um ato unilateral em que nem sempre intervém a vontade dos envolvidos.

O artigo 884, ao dispor que *“Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a*

¹⁷ Conforme Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Doctrina del Enriquecimiento Injustificado*, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, p. 49-51.

¹⁸ Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, p. 167 tem opinião diversa, atribuindo uma natureza jurídica dúplice ao enriquecimento sem causa bifurcada em fonte de obrigações e princípio geral de direito. Esta opinião é flagrantemente oposta ao ponto de vista exposto neste estudo que reputa que a consideração do enriquecimento sem causa como princípio geral de direito corresponde a um estado mais primitivo de desenvolvimento do instituto.

atualização dos valores monetários.”, consagra uma cláusula geral¹⁹ ou conceito indeterminado. Isto reflete a intenção de o legislador adotar um modelo jurídico inovador, aberto e flexível que se mova sob a perspectiva da construção e reconstrução do direito privado na contemporaneidade.²⁰

É corrente na melhor doutrina que os conceitos jurídicos têm um núcleo e uma zona periférica distintos. O núcleo seria um nódulo conceitual fixo e determinável por mera interpretação e a zona periférica surgiria como uma auréola conceitual indeterminada que só seria delineável progressivamente mediante a decisão dos casos concretos.²¹

O enriquecimento sem causa, em comparação com outros institutos jurídicos, apresenta um grau de indeterminação bastante elevado dado à vacuidade de seu conceito. Esta indeterminação não é tanto consequência da imprecisão das palavras que o exprimem, mas sim da necessidade de um esclarecimento da zona periférica do

¹⁹ Segundo Judith Martins Costa, *O direito privado como um 'sistema em construção' – as cláusulas gerais no projeto do Código Civil brasileiro*, p. 26-7, “As cláusulas gerais, (...) constituem as janelas, pontes e avenidas dos modernos códigos civis. Isto porque conformam o meio legislativamente hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos, ainda inexpressos legislativamente, de *standards*, máximas de conduta, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindos da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressystematização no ordenamento positivo.”

²⁰ É evidente que o modelo adotado pelo novo Código Civil não é formulado apenas por cláusulas gerais porque isso comprometeria um grau mínimo de certeza jurídica. Há espaço também para a técnica legislativa da casuística também chamada de regulamentação por *fattispecie* em que o legislador se concentra em uma concreção especificativa de uma matéria mediante a delimitação e determinação de seu caráter em um número de casos bem descritos e definidos. No caso do enriquecimento sem causa a casuística legal é bastante representativa no âmbito do pagamento indevido e das benfeitorias e acessões, por exemplo.

²¹ Diogo José Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 435.

conceito que só pode ser obtido pela aplicação numerosa e sucessiva da norma a casos concretos.²²

O sucesso da novidade da consagração legislativa do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações depende, pois, da aplicação da norma em uma constante re-elaboração referenciada nos critérios axiológico-normativos que fundamentam a norma. Este quadro, em verdade, é muito promissor porque abre amplas possibilidades para que o enriquecimento sem causa seja instrumento para superar a crise do dogmatismo voluntarista e consensualista do direito patrimonial. Desde que esta abertura venha acompanhada de uma elaboração doutrinal e jurisprudencial preocupada em sistematizar e delimitar o instituto para evitar a pior crise do direito que é a vulgarização.²³

Ocorre, todavia, que definir o enriquecimento sem causa como fonte de obrigações apesar de satisfatório parece não ser suficiente. Remete a uma sensação de superficialidade porque, em que pese adequar o instituto ao esquema

²² Diogo José Paredes Leite de Campos, *ibid.*, p. 439-440, exprime esse pensamento da seguinte forma: “Deste modo, a indeterminação das cláusulas gerais é comum a todos os conceitos normativos, e não a consequência da imprecisão das palavras que os exprimem. O sentido normativo não se esgota, repetimo-lo, no sentido lógico da norma como proposição, mas só pode ser precisado através da fusão entre o significado lógico-proposicional da norma e o seu fundamento axiológico-transcendente. Esta transcendência torna, portanto, indeterminado o conteúdo da norma. (...) O conceito integrante da zona periférica só pode ser, mais claramente, determinado através de decisões de casos concretos, segundo a fusão entre a aplicação e a interpretação que acabamos de referir.”

²³ Nas palavras de José Antonio Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 4-5: “Pero las ideas superficiales se encuentran siempre ligadas a los grandes principios; el pensamiento vulgar se detiene en las generalidades, y tanto más vulgar cuanto mayor es la generalización; nada más inseguro que referir genéricamente el enriquecimiento sin causa a la crisis de la dogmática del contrato y cobijarlo bajo las grandes alas de la justicia en abstracto. El problema, evidentemente, es el de delimitar adecuadamente la institución para evitar la peor crisis del Derecho: el vulgarismo. Un Derecho vulgar es el paraíso de burócratas indolentes y de corruptos leguleyos amantes de los pleitos.”

legal que preside o direito civil patrimonial, não explicita sua natureza e tampouco seu sentido funcional.²⁴

A boa compreensão do enriquecimento sem causa, que somente recentemente é reconhecido como fonte de obrigações, pressupõe contextualizadamente apontar suas relações com as demais fontes de obrigações já que, apesar de guardarem regulamentações próprias, se inserem num mesmo sistema jurídico e, muito freqüentemente, se inter-relacionam porque de um mesmo fato jurídico podem ser originadas obrigações de espécies distintas.

Para prosseguir neste mister de explicitação, entende-se necessário realizar uma revisão histórica do instituto e apontar os diversos modelos ou paradigmas que ele ocupa a fim de fundamentar e justificar a concepção do instituto que orienta este estudo.

²⁴ Nesse sentido Luís Díez-Picazo Y Ponce de León, *op. cit.*, p. 51-52: “¿Qué decir de esta perspectiva del enriquecimiento sin causa como fuente de obligaciones? Puede pensarse de inmediato que es decir muy poca cosa. Si se trata de aludir a su efecto (la creación de una obligación restitutoria), se trata de una verdad indiscutible. Ocurre, sin embargo, que definir una institución o una figura jurídica como fuente de obligaciones es quedarse en la superficie de las cosas. No tendría, v. Gr., ningún sentido definir el contrato limitándonos a decir que es una fuente de obligaciones. Lo mismo ocurre y de forma notoria con el llamado Derecho de daños. Por consiguiente, se trata de una explicación insuficiente. Reconociendo que existe una fuente de obligaciones, es menester seguir profundizando en su naturaleza y en su sentido funcional.”

I.2 AS ELOQUENTES RAÍZES HISTÓRICAS

O enriquecimento sem causa é um instrumento de defesa do direito de propriedade que tem raízes históricas bastante fragmentadas. É necessária uma referência de sua memória, ainda que muito abreviada, para auxiliar na resolução de algumas das dúvidas e elucidar as discussões doutrinárias a seu propósito.

De início, é preciso advertir que a própria noção de propriedade, que está subjacente a todo e qualquer enriquecimento, oscila muito no curso da história. Não existe uma identidade de sentido entre a propriedade do passado e a do presente. PAOLO GROSSI, em um estudo dedicado à uma visão historiográfica da propriedade, salienta que isto se explica porque a propriedade trata do eterno problema da relação entre o homem e as coisas nos diversos sistemas de organização da realidade econômica. É um conceito profundamente permeável ao substrato socioeconômico vigente nas diversas civilizações.²⁵

No direito romano clássico a propriedade, concebida como o poder amplo e absoluto de uso, gozo e disposição sobre os bens, era exclusiva do *pater familias*. Ninguém além dele poderia possuir bens em nome próprio. Os romanos não pensavam em termos de transmissão da propriedade, mas sim na destruição desta

²⁵ Nas palavras de Paolo Grossi, *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, p. 614, “La proprietà è sicuramente anche un problema técnico ma non è mai soltanto, nel suo continuo annodarsi con tutto il resto, un problema técnico: dal di sotto, i grandi assetti delle strutture, dal di sopra, le grandi certezze antropologiche pongono sempre la proprietà al centro d'una società e d'una civiltà. La proprietà non consisterà mai in una regoletta técnica ma in una risposta all'eterno problema del rapporto fra uomo e cose, della frizione fra mondo dei soggetti e modo dei fenomeni, e colui che si accinge a ricostruire la storia, lungi dal cedere a tentazioni isolazionistiche, dovrà, al contrario, tentar di collocarla sempre all' interno di una mentalità e di un sistema fondiario con funzione eminentemente interpretativa.”

na pessoa do anterior proprietário e seu aparecimento na pessoa do novo proprietário. Os negócios jurídicos necessários para justificar esta operação eram subordinados a uma tipicidade rígida, sustentável apenas enquanto a cidade romana permaneceu um círculo restrito em que os envolvidos se conheciam mutuamente e era a comunidade que se encarregava de fazer cumprir as obrigações. À medida que a cidade cresceu e o comércio expandiu-se, tornou-se necessário corrigir os inconvenientes do formalismo e criar mecanismos para, de certa forma, descentralizar a propriedade dos bens.

Devido às progressivas deterioração social, crise econômica, desocupação das cidades e retração do comércio, a civilização greco-romana entrou em decadência. Com ela ruiu a cultura jurídica a que estava conectada.

Em virtude da conjuntura social e econômica, o subsequente medievo é caracterizado como um período em que a sobrevivência era o duro desafio cotidiano. O ser humano deixa de ser o sujeito dominador para, humildemente, colocar-se num patamar de igualdade com as coisas como elementos de uma paisagem cada vez menos influenciada pela ação humana. As titularidades proprietárias abstratas não desaparecem, todavia perdem seu colorido. O que passa a ser relevante é a presença viva, são as dimensões fáticas, as aparências, em outras palavras, quem faz de fato uso e gozo da coisa. Por conta desta primazia do que era econômico e socialmente efetivo, a titularidade proprietária fica sufocada. A experiência dita uma nova ordem informal e plural que constantemente cria novas formas de propriedade calcadas na dimensão da efetividade e da relevância.²⁶

²⁶ Paolo Grossi, *ibid*, p. 637, fala de uma revolução surda operada vagarosamente de geração em geração para converter a concepção 'proprietária' romana em uma mentalidade 'possessória' no medievo: *"a una mentalità angolosamente proprietária come quella romana si sostituisce una civiltà 'possessoria' cui è del tutto indifferente l'idea di un rapporto di validità (anche perché manca il modello rispetto al quale operare raffronti e misure) e che è invece dominata da un vigoroso principio di effettività. (...) Uso, esercizio, godimento: situazioni che esprimono vivacemente con la loro carnalità la familiarità dell'uomo con le cose, il suo mercolarsi e il suo vivere con esse."*

Nova mudança de mentalidade operou-se gradativamente entre os séculos XIV e XIX para culminar na noção de propriedade moderna. O despertar antropológico trouxe consigo um anseio de autonomia. As velhas propriedades medievais fundadas somente nas situações de fato precisavam ser novamente abstraídas e normatizadas. Surge, pois, um sujeito presunçoso e dominante²⁷ que cria um Código Civil francês altamente técnico, pronto a servir aos interesses de um capitalismo emergente porque consagra um direito de propriedade amplo e absoluto. O artigo 544 deste Código proclama ser a propriedade “*le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue.*” O bem se transforma em mercadoria privada que pode circular livremente de acordo com a vontade soberana de seu titular.

Esse conceito moderno de propriedade, por sua manifesta insuficiência, não resistiu aos anseios de uma realidade cambiante.²⁸ Desembocou na contemporaneidade com a discussão pluralista da propriedade: não se fala mais da

²⁷ Marcelo Ricardo Fonseca, *A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil*, p. 101, discorre sobre a passagem da noção medieval de propriedade para a moderna ressaltando o principal fator que ensejou a libertação do indivíduo do mundo dos fenômenos naturais para de uma perspectiva exterior dominar os bens de acordo com sua vontade livre e soberana: “Limitemo-nos a registrar, dentro dessas reflexões ‘de passagem’ e de emergência da noção do sujeito, aquela que diz respeito mais de perto ao próprio direito de propriedade: trata-se da reflexão franciscana sobre a pobreza que, formulando uma nova noção de homem (como aquele que, na caridade e na vontade, é um ser essencialmente espiritual) afasta-o daquela intrincada relação que ele sempre teve com as coisas na reflexão medieval, colocando-o como um ser apartado e autônomo com relação aos bens.”

²⁸ Orlando Gomes, *Introdução ao direito civil*, p. 11, assim traduziu a transição entre o conceito moderno para o conceito contemporâneo de propriedade: “Com o instituto da *propriedade*, ocorreu essa dissimulação, e esse aproveitamento realizou-se com pleno êxito. Toda a estrutura liberal apoiava-se no conceito de *direito subjetivo*, explicitado, na ordem patrimonial, na proteção dispensada ao pleno poder do indivíduo sobre as coisas submetidas à sua vontade. (...) Quando, porém, os aspectos oriundos das transformações econômicas se acentuaram, descortinando a nova função social da propriedade, e passaram, novamente, a ter relevância a *pessoa do proprietário* e a *qualidade dos bens*, o próprio conceito de propriedade, abstraído de outras realidades, inferido de condições sociais diversas, tornou-se manifestamente incongruente. Percebeu-se não ser indiferente pertencerem os bens a um empresário ou a um ocioso, não ter a mesma significação social a propriedade de uma fábrica ou de um bem de consumo. Sentiu-se, enfim, a necessidade de reformular a conceituação, de apoiar a noção em outra realidade social, de depreendê-la, em suma, da essência dos novos fatos.”

propriedade, mas das diversas propriedades possíveis porque a apropriação privada dos bens deve estar subordinada à sua relevância econômico-social.²⁹

Note-se que a própria Constituição brasileira, e conseqüentemente o direito civil que também é direito constitucionalizado, garante o direito de propriedade (artigo 5º., XXII), mas submete-o ao atendimento de sua função social (art. 5º., XXIII), numa clara demonstração da subordinação do direito de fruição do proprietário tradicional aos múltiplos interesses daqueles indivíduos que tem interesses sobre o bem.³⁰

Nesse cenário de propriedade plural o enriquecimento sem causa localiza-se muito bem. Como se pretende demonstrar no decorrer do trabalho, o enriquecimento sem causa se assenta sobre um conceito de transmissão de propriedade não subordinada ao domínio da vontade do sujeito soberano. O enriquecimento sem causa navega tendo por substrato uma propriedade que prescinde do exercício do poder de disposição de seu titular para circular. Admite uma propriedade que flutua

²⁹ No 'Prólogo para civilistas' feito na edição espanhola da obra de Paolo Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un análisis histórico*, p. 13, Angel López y López bem expressou este panorama contemporâneo do conceito de propriedade: "*Esa general crisis contemporánea de las instituciones jurídicas codificadas sacude con enorme violencia a la propiedad, institución elevada a eje y fundamento del ordenamiento que habían diseñado los Códigos, y se manifiesta en la reflexión de la civilística moderna que aboca a la formulación de la que hoy conocemos como teoría pluralista de la propiedad: no se hable ya de la propiedad, hálase de las propiedades, lo que significa cambiar absolutamente de ángulo visual; significa contemplar el fenómeno de la apropiación privada desde la perspectiva de la relevancia económico-social de los bienes, no desde aquella otra que pivota sobre la abstracta consideración de éstos, y en consecuencia se resuelve en la simplicidad, unidad y homogeneidad del poder atribuido a un sujeto, siempre identico a si mismo, y por ende, también abstracto.*"

³⁰ Julio Cesar Finger, *Constituição e direito privado: algumas notas sobre a chamada constitucionalização do direito civil*, p. 101, in, Ingo Wolfgang Sarlet, *A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*, assim expressou esta idéia: "O Prof. Gustavo Tepedino leciona que o que mais distancia a nova propriedade do modelo apregoado pela codificação civil é a inserção da matéria no catálogo de direitos fundamentais (art. 5º, inciso XXIII), de modo que ao lado do tradicional direito de propriedade (inc. XXII), está positivado que esta 'atenderá a sua função social'. Do regramento da função social, no art. 186, conclui o eminente civilista carioca que 'o preceito condiciona a fruição individual do proprietário ao atendimento de múltiplos interesses não-proprietários.'"

ao sabor dos fatos e da experiência e somente *a posteriori* e mediante iniciativa de seu titular eventualmente poderá ser restituída.

I.2.1 AS FONTES DE DIREITO ROMANO

No direito romano podem ser identificadas múltiplas origens do enriquecimento sem causa. Não existia um instituto unitário talhado num só bloco assemelhado ao atual enriquecimento sem causa.³¹ Basicamente três raízes romanas podem ser apontadas: as *condictiones*, a *actio de in rem verso* e a *actio negotiorum gesti*.

a) *CONDICTIONES*

As *condictiones* representam a principal fonte histórica da categoria moderna do enriquecimento sem causa. No período do direito romano clássico a *condictio* era um procedimento abstrato e uniforme sem requisitos especificamente diferenciados. Era uma carta em branco.

Como já foi mencionado, os juristas romanos, a rigor, não pensavam em transmissão da propriedade, mas sim na destruição desta na pessoa do anterior proprietário e seu aparecimento na pessoa do novo proprietário. Assim, o sistema romano conhecia casos de transmissão abstrata da propriedade, e uma das características mais marcantes da *legis actio per condictioem* era a sua natureza abstrata: a base substantiva da ação, a *causa debendi*, não era mencionada.

³¹ Como fez notar Gerota, *La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil allemand*, p. 7, o princípio do enriquecimento sem causa não foi talhado num bloco único; ele representava uma espécie de mosaico, formado por múltiplas aplicações díspares, recolhidas tímidamente e sem método.

A utilização desse procedimento aparece associada aos problemas conexos com a transmissão de propriedade. Os fatos – designados por *causae* – que acarretam uma transmissão da propriedade são fatos que justificam a apropriação da coisa por um novo proprietário. A sua falta significa a ilegitimidade da pretensão de apropriação do destinatário e, num sistema causal, a não transmissão da propriedade. No sistema romano, que admitia a transmissão abstrata, o anterior proprietário poderia reaver o bem por meio da *rei vindictio*. Todavia poderia suceder que o substrato corpóreo da propriedade tivesse sido destruído, consumido ou confundido. Neste caso impunha-se a restituição das deslocções patrimoniais que ocorriam sem uma causa mediante uma *actio in personam*, a *condictio*.

Assim, o principal domínio de aplicação das *condictiones* correspondia ao domínio das transmissões abstratas de propriedade e sua finalidade era fazer ‘regressar’ a propriedade à pessoa do queixoso, ripristinando a situação anterior. A *condictio* existia quando o escopo visado pela transferência se frustrava ou era censurado pela comunidade.

A tipologia das *condictiones* é de um período posterior, pois surgiu nas rubricas do Digesto. Segundo DIEZ-PICAZO³², eram as seguintes as *condictiones* no Digesto Justineneu:

- *Condictio causa data causa non secuta* - que se produzia quando com um fim desonesto se dava uma quantidade para obter um determinado resultado e este não se produzia. O enriquecimento deveria resultar de uma atribuição causada por um evento de realização futura que, ao final, não se produzira.
- *Condictio ob turpem vel iniustam causam* – que se produzia quando o resultado buscado era imoral ou desonesto. Se a prestação tivesse sido

³² Luis Diez-Picazo y Ponce de Leon, Doctrina del Enriquecimiento Injustificado, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, p. 73.

obtida pelo *accepiens* para fins imorais ou proibidos pelo direito o *solvens* teria direito à restituição, sendo irrelevante a circunstância de que tais objetivos tivessem ou não sido alcançados.

- *Condictio indebiti* – que se produzia quando se repetia o que não era devido e fora pago por erro. Corresponde ao que hoje se disciplina como pagamento indevido. Aplicava-se aos casos de pagamento de uma dívida inexistente.

- *Condictio sine causa* – que se produzia quando alguém levava a cabo uma promessa sem causa – neste caso não há *datio*, mas uma simples *promissio*.³³

- *Condictio furtiva* – que permitia reclamar a coisa furtada ou seu valor.

- *Condictio ex lege* – que se produzia quando uma nova lei introduzia uma obrigação e não se previa nela o mesmo tipo de ação. Neste caso entendia-se que era a *condictio*.

b) *ACTIO DE IN REM VERSO*

O direito romano também conheceu a *actio in rem verso* (Digesto 15,3), expressão que pode ser traduzida aproximadamente por ‘ação sobre o proveito obtido’.³⁴ Este brocardo latino foi associado no direito privado moderno com significados muito diversos e nem sempre claros.

³³ Há quem entenda que a *condictio sine causa* era uma espécie de enunciação genérica do princípio do enriquecimento sem causa. Teresa Paiva de Abreu Trigo de Negreiros, *Enriquecimento sem causa – aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito*, p. 772, assim se manifesta: “Discute-se se tal *condictio* (*condictio sine causa*) constituía uma formulação genérica das demais ou se era apenas mais uma modalidade, cabível subsidiariamente, quando aquelas se revelassem inapropriadas. A concepção desta *condictio* como abrangente das demais parece dominar na doutrina, o que não significa, entretanto, que não pressupusesse a aplicação de uma *condictio* específica eventualmente cabível.”

³⁴ Luis Díez-pícazo Y Ponce de León, *op.cit.*, p. 71.

A regra geral era de que quando as pessoas submetidas ao poder do chefe de família não tivessem condições de honrar seus compromissos, o seu senhorio responderia por suas dívidas sempre que tivesse obtido algum proveito da atuação daqueles.

Assim a *actio in rem verso* era o procedimento técnico a que se recorria nas situação em que os filhos ou servos celebravam um negócio com um terceiro. Apesar de o *pater familias* não ficar vinculado pelo negócio realizado ele deveria satisfazer o terceiro na medida em que seu patrimônio tivesse sido beneficiado. Notam-se duas vertentes na figura: de um lado, a consideração do enriquecimento do chefe de família e, de outro, a proximidade com a gestão de negócios. Pouco a pouco estas duas figuras foram se aproximando tanto que chegaram a confundir-se.

c) *ACTIO NEGOTIORUM GESTIO*

A *actio negotiorum gestio* foi criada para regular juridicamente as relações de administração entre o procurador e o ausente. Posteriormente estendeu-se seu âmbito para qualquer caso de procuração, mesmo que a pessoa não estivesse fora da cidade. Por fim a análise histórica revelou que tal ação também era aplicada à gestão de qualquer negócio ainda que isolado.

Não era necessário qualquer formalidade, contrato, acordo ou declaração de vontade para constituição de um gestor. Pelo simples início de gestão da administração de bens de outrem alguém tornava-se *procurator qui alienis negotiis gerendis ultro se offert*. Esta atitude obrigava-o a cuidar de todos os negócios deste terceiro e lhe conferia o direito de exigir a sua aprovação desde que utilmente realizados, bem como o direito de reembolso das despesas feitas justificadamente no curso da gestão.

A relação entre a gestão de negócios e o enriquecimento sem causa sempre suscitou controvérsias, tendo-se verificado historicamente que, ora a gestão de negócios é reconduzida a uma hipótese especial de enriquecimento sem causa, ora sucede precisamente o inverso, e o enriquecimento sem causa é reduzido a uma forma imprópria ou anômala de gestão de negócios.

Esta sucinta menção às fontes romanas serve para demonstrar que o princípio do enriquecimento sem causa vai mergulhar as suas raízes no mais antigo direito de Roma, mas daqui a dizer-se que o direito romano criou a teoria do enriquecimento sem causa vai uma distância enorme, tanto mais que se alguma das *condictiones* do direito justineneu pode ser considerada antepassado remoto da referida teoria é apenas a *condictio sine causa*.³⁵

I.2.2 A OCORRÊNCIA DE INTERPOLAÇÕES NO *CORPUS IURIS CIVILIS*

Há uma certa unanimidade na doutrina no sentido de que os compiladores bizantinos efetuaram muitas interpolações nos textos clássicos atinentes ao enriquecimento sem causa. VIEIRA GOMES atribuiu esta atitude a duas ordens de fatores: em primeiro lugar, à influência do Cristianismo imbuído dos ideais de humanidade, generosidade e caridade, e, em segundo lugar, à criação de uma estrutura de tribunais responsáveis em face do imperador, que tornou supérfluas muitas das distinções entre as *condictiones*.³⁶

³⁵ L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimento sem causa*, p. 14/15.

³⁶ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 53-54.

Como consequência da obra dos compiladores assistiu-se a uma generalização e abstração das *condictiones* a ponto de transformar o enriquecimento injustificado num princípio geral.

Muitos séculos passados, com a redescoberta medieval do direito romano, o enriquecimento sem causa já aparece com o caráter de princípio geral. É que os glosadores não suspeitavam das numerosas interpolações e o *Corpus Iuris Civilis* era encarado como uma espécie de súpula da sabedoria humana. Assim, as contradições ou ambigüidades que se apresentavam eram solucionadas como problemas muito específicos e a tendência dos glosadores era a de invocar o princípio de inadmissibilidade do enriquecimento injustificado formulado no *Corpus*, com expressa citação do *ius naturale* e da *aequitas*.

No direito medieval e moderno as discussões jurídicas estavam muito ligadas a uma concepção teológica global do mundo que no âmbito contratual se traduzia na doutrina do justo preço e na proibição da usura.³⁷ A teoria do justo preço era estrutural para a organização de uma sociedade corporativa que só admitia o lucro que derivasse da incorporação de valor aos bens por intermédio do trabalho. Já a proibição da usura, entendida como a cobrança de juros pelo empréstimo de dinheiro, era condenada desde a cultura hebraica, cristalizada no Antigo Testamento, que influenciou fortemente os clássicos gregos, romanos e foi recebida pela tradição cristã. A cobrança de juros seria intrinsecamente má e contrária ao direito natural porque além de permitir o abuso do forte sobre o fraco, também permite viver sem trabalhar e o trabalho era o único instrumento de regeneração

³⁷ José Antonio Alvaréz-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 47, bem revela que no antigo regime o contrato se definia pela exigência do 'justo do preço'. Só com o direito patrimonial liberal, plasmado nos Códigos Civis do século XIX, é que se substitui o limite moral e jurídico do justo preço pelo dogma liberal de que o contrato enriquece justamente, contrato este que rege-se pela mera equivalência formal das prestações.

para a natureza humana, amaldiçoada por Deus depois que Adão cometera o pecado original.³⁸

Foi SÃO TOMÁS DE AQUINO que sistematizou esse arcabouço de princípios morais. Na *Summa Teológica* trata do direito de restituição como decorrência do fundamento básico da justiça comutativa: dar a cada um o que é seu implica devolver ao próximo o injustamente retido. SÃO TOMÁS DE AQUINO encara a usura como injusta porque se vende o que não existe e, assim procedendo, relaciona-a com a teoria do justo preço permitindo um estudo coerente de ambos. A transferência da discussão da restituição para o plano da justiça comutativa, transformou-a em um problema eminentemente jurídico de restauração de um equilíbrio. E assim foram lançados alguns dos fundamentos do direito restitutório com o primado da restituição *in natura* e sua limitação à reposição do *status quo ante* o que afastava a possibilidade de, a título de penitência, exigir-se a restituição de um múltiplo do montante devido.³⁹

I.2.3 A AMPLIAÇÃO DA *CONDITIO ROMANA* PELO RACIONALISMO DOS SÉCULOS XVII E XVIII

A construção mais completa e definitiva do tema operou-se nos séculos XVII e XVIII sob a ótica da doutrina do Direito Natural racionalista. Amparados pela afirmação de POMPONIO de que a regra de vedação do enriquecimento sem causa procedia do Direito Natural, os jusnaturalistas desses séculos, como GROTIUS e

³⁸ José Antonio Álvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 48-9.

³⁹ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 68-9.

ULRICO HUBER⁴⁰, incorporaram esta orientação em suas obras gerando duas sortes de conseqüências: a primeira é a admissão de uma *conditio sine causa* de caráter geral, distinta daquela consagrada pelo Digesto Justineneu que se referia somente à *promissio* sem causa; a segunda é a criação do que alguns autores chamam de “*actio de in rem verso* do Direito comum”, mais ampla que aquela do direito romano e que permitia reclamar uma vantagem ou um benefício patrimonial obtido por meio do patrimônio de um terceiro. Assim, na concepção dessa época a *conditio* ensejava a repetição das atribuições patrimoniais diretas, enquanto a *actio de in rem verso* autorizava uma indenização pela utilidade obtida indiretamente.

Tal tradição desembocou na recompilação do direito prussiano e no Código Civil austríaco que regularam a gestão de negócios e inseriram preceitos que autorizavam aquele cujos bens foram empregados em benefício de outro a reclamar a coisa ou seu valor.

I.2.4 O RESGATE OPERADO PELA PANDECTISTA ALEMÃ

No século XIX a literatura jurídica dá um novo impulso às teorizações sobre o enriquecimento sem causa. SAVIGNY aponta como ponto comum entre todas as *conditiones* o aumento de um patrimônio pela diminuição de outro patrimônio ocorrida sem causa ou em que se perdeu a causa originária. Esta idéia foi adotada e desenvolvida pelos pandectistas alemães.

WINDSCHEID, por exemplo, dedicou-se a estudar os direitos de crédito que nasciam sem convenção e elaborou uma classificação para os quase-contratos em que o enriquecimento injustificado aparecia ao lado da gestão voluntária de assuntos

⁴⁰ Luis Diez-picazo Y Ponce de Leon , *op.cit*, p. 83.

alheios, da tutela e curatela, do exercício de cargos ou ofícios e da comunhão ou confusão de limites. Em seus estudos, o autor apontou dois tipos centrais do enriquecimento injustificado: a) o enriquecimento derivado de uma prestação que se cumpriu com a finalidade de adimplir uma obrigação erroneamente pressuposta e b) o enriquecimento derivado de uma prestação que foi executada tendo por base uma pressuposição futura.

A posição de WINDSCHEID teve uma grande importância na doutrina e codificação alemãs, sendo que esta última revela a tensão entre o casuísmo e as cláusulas gerais. A cláusula geral foi consagrada pelo inciso primeiro do parágrafo 812 do BGB: *“quem obtém algo sem causa jurídica através da prestação de outrem ou de qualquer outra forma a custa do mesmo, está obrigado a restituí-lo”*. A casuística é traçada nos parágrafos seguintes quando se estabelece que a obrigação restitutória existe também se a causa jurídica desapareceu posteriormente ou se não se produziu o resultado perseguido pela prestação segundo o conteúdo do negócio jurídico. A mesma linha foi adotada pelo Código suíço, pelo Código Civil italiano de 1942 e pelo Código Civil português de 1967.

I.2.5 A OMISSÃO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS POR FORÇA DO DOGMATISMO EXEGÉTICO

Quando o codificador francês, que não havia positivado nenhum princípio que proibisse o enriquecimento sem causa, adota a tese de DOMAT que consagra o elemento “causa” como requisito essencial de validade de todo o contrato, todo o controle acerca dos deslocamentos patrimoniais derivados de contrato ilícito, inexistente ou com perda de causa é desviado para a ação de nulidade contratual. O

labor restitutório que até então vinha sendo realizado pelas *condictiones* foi então suprimido.

Não é de admirar que, em um ordenamento jurídico-privado dominado pelo dogma da autonomia da vontade materializada e sublimada na idéia de contrato, a atividade e previsão básicas do legislador se desenvolvam em torno do mesmo. Com esta atitude restou abandonado o controle de outros desequilíbrios patrimoniais que não derivassem de contrato (apropriações ilegítimas por uso, consumo ou alienação de bens alheios, benfeitorias em patrimônio alheio, reembolso pelo pagamento de dívida alheia, etc...); a configuração da repetição do indébito na parte dos contratos em espécie deu-lhe um caráter de certo modo residual e produziu-se um completo silêncio em relação à figura de proibição dos enriquecimentos sem causa.

A formação da teoria do enriquecimento sem causa no direito francês é tardia e tem origem jurisprudencial. Aponta-se como marco inicial da construção pretoriana o chamado Arrêt Boudier⁴¹ que foi uma decisão da Corte de Cassação proferida em 15 de junho de 1892. Nele ficou consignado que a *actio de in rem verso*, que derivava do princípio de equidade que proibia alguém de enriquecer-se em detrimento de outrem, apesar de não ter qualquer regulação legal, não estava submetida a nenhuma condição determinada. Para que fosse admissível bastaria que o demandante alegasse e provasse a existência de um benefício obtido em virtude de um feito pessoal que tivesse beneficiado àquele contra quem propôs a ação.

⁴¹ Tratava-se de um proprietário rural que havia arrendado suas terras a um fazendeiro que em um dado momento deixou de cumprir suas obrigações, o que ensejou a rescisão do arrendamento. Para quitar parte de sua dívida o arrendatário cedeu ao proprietário toda a colheita que estava pendente. Boudier era um comerciante de adubos que havia contratado a administração de adubos com o arrendatário e não havia recebido pagamento. Boudier reclamou, pois, o pagamento ao proprietário e obteve ganho de causa apesar de o proprietário defender-se alegando que jamais havia celebrado qualquer contrato com o comerciante de adubos. (Luis Díez-picazo Y Ponce de Leon, *op.cit.*, p. 92.)

Essa solução apresentada pela jurisprudência francesa teve sua origem em uma antiga tradição de aplicação da *actio de in rem verso* como *conditio sine causa generalis*, derivada do Direito comum anterior à codificação.

I.2.6 DIREITO BRASILEIRO: DAS RAÍZES AO NOVO CÓDIGO CIVIL

O Código Civil brasileiro editado em 1916 seguiu a tradição francesa e não consagrou uma cláusula genérica de vedação do enriquecimento sem causa, limitando-se a regular alguns casos específicos de enriquecimento sem causa como a repetição do indébito. Em assim se posicionando, o direito brasileiro, de certa forma, encurtou o campo de aplicação do enriquecimento sem causa, como princípio geral de Direito. A doutrina e jurisprudência todavia contemplaram o enriquecimento sem causa como fonte de direito para aplicação em situações específicas.

Nesse sentido a decisão proferida no Recurso Especial 11025/SP, pela 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, em que foi relator o Ministro Waldemar Zveiter, ainda na vigência do Código Civil de 1916: “Não se há negar que o enriquecimento sem causa é fonte de obrigações, embora não venha expresso no Código Civil, o fato é que o simples deslocamento de parcela patrimonial de um acervo que se empobrece para outro que se enriquece é o bastante para criar efeitos obrigacionais.” (DJ 24/02/1992, p. 1868).

O Código Civil de 2002, por sua vez, veio a alterar esse quadro revelando a influência do direito germânico, italiano e português. O artigo 884 ao dispor que “Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.”, acaba por positivizar o princípio de direito que condena o enriquecimento sem causa

às custas do patrimônio alheio. Em assim procedendo, o direito brasileiro acompanhou a tendência das codificações modernas abrindo espaço para a consagração de uma cláusula geral que acolhe o enriquecimento sem causa.

Esta inserção do enriquecimento sem causa no novo Código Civil foi muito louvada pela doutrina⁴², ademais porque foi feita por meio de uma cláusula geral cuja finalidade é trazer para o fenômeno jurídico aquilo que foi denominado “válvula para exigências ético-sociais”.⁴³ Assim permite-se que a evolução da sociedade seja acompanhada pelo direito porque confere ao intérprete e ao aplicador da lei uma maior flexibilidade para adaptar a norma às situações de fato.⁴⁴

⁴² Luiz Edson Fachin, O ‘aggiornamento’ do direito civil brasileiro e a confiança negocial, *in Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo*, p. 129, enaltece a previsão de um capítulo dedicado ao enriquecimento sem causa pelo Projeto do Código Civil, ressaltando reputar injustificável o caráter subsidiário a ele atribuído. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos, *Revista dos Tribunais*, v. 775, p. 29, também aplaude a consagração legislativa do enriquecimento sem causa: “O art. 883 veio dispor expressamente sobre o *enriquecimento sem causa*, preenchendo uma lacuna do nosso ordenamento. Trata-se de cláusula geral que terá grande efeito no foro, porque permitirá reparar todas as situações de vantagem indevida.”

⁴³ Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, p. 305.

⁴⁴ Rosa Maria de Andrade Nery, *Perfis do direito civil*, p. 27, comenta: “Por isso se entende que o Direito não pode prescindir, na atualidade, de direcionar-se para o denominado *sistema aberto*, sob pena de não poder acompanhar as mudanças que se desenvolvem a cada minuto no meio social. É possível que o jurista possa superar a crise do envelhecimento do Direito posto sem que faça uso de método de trabalho que supere o anacronismo da lei, desde que se comprometa com o procedimento decisório e o trabalho de resolver conflitos, participando diretamente do poder criador do Direito e exercendo a parcela do Poder.”

I.3 OS DIVERSOS PARADIGMAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

I.3.1 A LIGAÇÃO HISTÓRICA À EQUIDADE

Historicamente o enriquecimento sem causa tem sido associado à equidade, entendida como emanção do ideal central de justiça de nossa concepção jurídica: “a arte de dar a cada um o que é seu”. Quem se locupleta a custa de outrem não dá a cada um o que é seu, pois se enriquece com prejuízo alheio.

Essa ligação histórica com a equidade tem sido responsável simultaneamente pelo desenvolvimento e também pelo atrofamento do enriquecimento sem causa. Explica-se: de um lado, o apelo à equidade arraigou a convicção de que a restituição do obtido injustificadamente à custa alheia corresponde a uma das tarefas que qualquer ordem jurídica tem de desempenhar; mas, de outro lado, teve um efeito de algum modo contraproducente porque um apelo genérico e de algum modo vago à equidade pode gerar muita incerteza diante de sua insuscetibilidade de sistematização como instrumento técnico.⁴⁵ Note-se também que o apelo à equidade enfraqueceu, em última análise, a pretensão de restituição fundada no enriquecimento sem causa.

Ocorre que não se pode reduzir o enriquecimento sem causa a uma mera aplicação da equidade porque ela é um princípio tão impreciso em sua formulação

⁴⁵ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 73.

teórica quanto difícil na sua aplicação prática⁴⁶. Na busca do sentido material do enriquecimento sem causa é preciso desde já realizar uma delimitação negativa da equidade já que esta dispõe de uma capacidade geral de enquadrar diversas situações em seu domínio.

O ponto de partida para a noção de equidade é a *epieikeia* da filosofia clássica grega: uma correção da lei quando por causa de sua universalidade ela se mostrava incapaz de atender a determinada situação concreta. No dizer de ARISTÓTELES, “quando a coisa é indefinida, a regra também é indefinida, como a régua de chumbo usada para ajustar as molduras lésbias (da ilha de Lesbos): a régua adapta-se à forma da pedra e não é rígida, exatamente como o decreto se adapta aos fatos”.⁴⁷

No direito romano a *aequitas* servia como critério de orientação para que os pretores integrassem ou corrigissem os preceitos rígidos do *ius civile* arcaico, adaptando-o às condições sociais e econômicas. A equidade romana era um valor, extremamente variável, imbuído dos significados de igualdade, proporção, simetria, que impedia a cristalização do direito em fórmulas definitivas, que tinha três funções típicas: 1) bitola de crítica ao direito e princípio do seu aperfeiçoamento, 2) princípio de interpretação do direito e 3) norma complementadora do direito. Pode-se reconhecer que foi esta concepção de equidade no direito romano que permeou

⁴⁶ Caramuru Afonso Francisco, O Enriquecimento sem causa nos contratos *in Contornos Atuais da Teoria dos Contratos*, Coordenador, Carlos Alberto Bittar., p. 80, assevera: “Alguns doutrinadores chegaram a ver o fenômeno do enriquecimento sem causa como mera emanção da equidade no mundo dos negócios. (...) No entanto, uma análise acurada desta postura leva o estudioso a afastá-la, pois para se usar da própria expressão de Ulpiano, o relacionamento de um instituto jurídico a um dos princípios basilares da própria ciência jurídica é situação mezinha e que não dá qualquer especificidade a um instituto, pois todo o direito se desenvolve sobre o tripé traçado pelo sábio romano. Dizer, então que o enriquecimento sem causa é fruto da equidade, é nada dizer sobre o instituto, uma vez que é o direito a arte do bom e do equânime.”

⁴⁷ Aristóteles. *Ética a Nicômaco*. São Paulo: Abril, 1979, vol. II, p. 136. Os Pensadores, *apud*, Francisco Amaral, A equidade no Código Civil brasileiro, *in Aspectos Controvertidos do novo Código Civil*, p. 200.

toda a evolução histórica e continua informando a idéia de eqüidade até os dias de hoje.

O desenvolvimento posterior do direito conduziu a uma diminuição da importância da concepção greco-romana da eqüidade em prol do direito legislado. A racionalização do direito, cujo mais flagrante efeito foi o processo de codificação e o positivismo jurídico, levou a uma tal diferenciação entre eqüidade e lei que os mesmos eram contrapostos. Este dualismo só foi superado quando reconhecidas a insuficiência e a incompletude do sistema legal que conduziram à necessidade de recurso à eqüidade para a sua complementação.

A eqüidade surge no panorama jurídico contemporâneo de forma dispersa em duas acepções fundamentais: uma de sabor aristotélico, que invocando as particularidades das situações de fato identifica a eqüidade como solução jurídica que permitiria corrigir as injustiças ocasionadas pela natureza rígida das regras jurídicas abstratas; a outra, mais radical, identifica a eqüidade como a solução dos problemas baseada na chamada justiça do caso concreto, prescindindo do direito legislado. Ocorre que ambas são por demais genéricas e não fornecem a bitola material para se saber se e até onde se reconhece ao julgador a possibilidade de decidir com base na eqüidade, seja adaptando a regra legislada, seja ignorando-a. Para escapar a este labirinto de soluções lingüísticas, de conteúdo inapreensível e incapazes de oferecer soluções reais, é necessário principiar por uma análise do direito vigente.⁴⁸

O Código Civil brasileiro não define a eqüidade, mas a refere em diversos dispositivos: o artigo 413 determina que a cláusula penal seja eqüitativamente reduzida pelo juiz em caso de cumprimento parcial da obrigação ou de excessiva onerosidade; o artigo 479 autoriza a modificação eqüitativa do contrato para evitar

⁴⁸ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *Da boa fé no direito civil, volume II*, p. 1199.

sua resolução; os artigos 944 § único, 953 § único, 954 e 928 § único, invocam a equidade como critério a ser utilizado pelo juiz para a fixação ou adequação do montante da indenização em sede de responsabilidade civil. O que é comum a estas referências é que elas visam determinar aspectos quantitativos de prestações ou montantes indenizatórios, sem deixar a operação ao livre-arbítrio do julgador, que deve obedecer antes a outros critérios objetivos pré-fixados. Em análise mais cuidadosa percebe-se que, em verdade, são remissões aparentes à equidade porque não autorizam o juiz a julgar com espreque em um fator extra-sistemático, como seria de esperar de acordo com o sentido próprio da equidade. É de reconhecer que a inclusão da equidade nos dispositivos citados não contribuiu para que fosse aclarado seu conceito. Em verdade, ela permanece uma noção ambígua, senão equívoca, com a qual os juízes se sentem mais embaraçados que auxiliados e à qual se recorre quando esgotados os outros meios de interpretação e criação do direito.⁴⁹

No direito positivo vigente a equidade só pode ser captada em termos relativos. Tanto isto é verdade que o artigo 127 do Código de Processo Civil dispõe que o juiz só decidirá por equidade nos casos previstos em lei. Mas cabe perguntar, como o fez MENEZES CORDEIRO,⁵⁰ qual o sentido da decisão que, divorciando-se do direito positivado, estatui por equidade. Segundo o autor, esta decisão não deve ser irracional, mas juscultural, refletindo um consenso e uma legitimidade. Afasta-se a eventual tônica de arbitrariedade pela comprovação da legitimidade do processo que vem a gerá-la e pela ponderação das suas boas conseqüências reveladas pela sua aplicação ao caso concreto. Intervêm argumentos mais vastos e um subjetivismo mais intenso do julgador, mas sempre dotados de pontos objetivos que permitam considerá-los como integrando uma realidade juscultural que exprima

⁴⁹ Francisco Amaral, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁰ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 1203-04.

aquilo que em uma sociedade é considerado justo, ético, adequado e conveniente. Ainda há uma particularidade neste modelo de decisão pela equidade, que é o fato de ele não ter uma preocupação generalizante, por ser confeccionado caso a caso.

Esta equidade, como se depreende da leitura do artigo 127 do Código de Processo Civil, é um modo de resolver questões estranho ao direito estrito. Corresponde a um modo de decidir extra-sistemático, por prescindir das proposições legais, mas não arbitrário porque respeita o sentido material do jurídico de uma certa sociedade estabilizada. Alarga os pontos de vista dos articulados legais – o que é excepcional em um direito positivo como o brasileiro em que a tendência visível é de proliferação das cláusulas gerais – em prol de corrigir certos excessos das soluções de direito estrito e de uma particularização das conseqüências nos casos concretos. Assim, o extra-sistematismo da equidade é apenas formal.⁵¹ Mas não se pode negar que as decisões que derivam da equidade são filhas do empirismo e da intuição, preocupando-se basicamente com uma solução pontual e momentânea, enquanto aquelas baseadas no direito estrito são produto do labor da ciência jurídica e constituintes do sistema, tido como uma instância de controle permanente.

As aproximações freqüentes e confusas entre a equidade e o enriquecimento sem causa não se justificam.⁵² Num prisma estrutural, o enriquecimento sem causa surge como direito estrito e consagrado legislativamente pelo ordenamento jurídico e dotado de uma justificação dogmático-sistemática. As regras técnicas, formais e instrumentais ignoradas pela equidade devem ser consideradas pelo enriquecimento sem causa que leva em conta a necessidade de reprodução das decisões em casos

⁵¹ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *ibid.*, p. 1205.

⁵² L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimento sem causa*, p. 46, cita Henri de Page para acentuar os malefícios de se manusear o enriquecimento sem causa de maneira simplória como um sinônimo da equidade livre de quaisquer atributos impostos pela técnica jurídica: “*C’est ce qui explique que l’enrichissement sans cause est si souvent invoqué mal à propos. Il ne faut pas y voir une panacée, un moyen commode et simpliste de faire régner, à tout prix, la justice et l’équité dans les relations juridiques.*”

semelhantes e convida a um labor científico. Roubando a expressão de MENEZES CORDEIRO, é de todo conveniente distinguir o enriquecimento sem causa da eqüidade porque ela “corresponde a um estágio antigo do Direito; hoje, ela foi absorvida pela elaboração juscientífica, com que se confunde, conservando-se em estágio puro, apenas, muito sectorialmente”.⁵³

I.3.2 A PLURALIDADE DE PARADIGMAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ATUALMENTE COEXISTENTES

A compreensão da figura do enriquecimento sem causa é dificultada pela multiplicidade de paradigmas a ela associados que, por conviverem simultaneamente, por vezes se complementam, mas também se contrapõem. CAMARA-ALVAREZ sintetiza com perfeição a contradição interna e constante do estudo do enriquecimento sem causa, ressaltando que o instituto não pode ficar restrito a dispositivos legais isolados e dispersos e tampouco pode ser erigido a uma espécie de panacéia apta a corrigir qualquer desarranjo jurídico.⁵⁴

ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ⁵⁵ elabora uma classificação dos entendimentos do enriquecimento sem causa posteriores às codificações com quatro paradigmas correspondentes às fases da evolução de sua dogmática: 1) sua compreensão como regra moral ou princípio geral de direito; 2) a sua compreensão como fundamento único da dogmática dos quase-contratos; 3) a sua compreensão como “ação subsidiária fundada num princípio geral”; e 4) a sua compreensão como fundamento

⁵³ Antonio Manuel da Rocha e Menezes Cordeiro, *op. cit.*, p. 1208.

⁵⁴ Manuel De La Cámara Alvarez, *Enriquecimiento Injusto Y Enriquecimiento sin Causa*, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, p.208.

⁵⁵ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 11 e segs.

da “ação principal destinada a corrigir os desequilíbrios patrimoniais produzidos sem uma causa válida de atribuição”.

Segundo ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ,⁵⁶ a explicação do enriquecimento sem causa mediante a teoria da causa é a interpretação mais moderna e que corresponde à maturidade dogmática da instituição. A confusão que envolve a teoria da causa no direito patrimonial contemporâneo deve-se ao seu pioneirismo na evolução e adaptação do direito às novas realidades e exigências da vida social e política.⁵⁷ O enriquecimento sem causa é tributário de toda a obscuridade que envolve a teoria da causa, mas de outro lado participa de sua vocação de modernidade e renovação do direito. Ambos estão envolvidos na polêmica entre abstração e causalidade das atribuições patrimoniais, consubstanciam uma reação contra o voluntarismo radical e abrem horizontes para incluir no ordenamento novas formas de restituição, ampliando os estreitos limites do contratualismo codificado, e ainda são remédios eficientes perante as conseqüências injustas das aplicações do princípio da equivalência formal das prestações e do princípio nominalista.

Antes porém de explicitar a funcionalidade do enriquecimento sem causa no direito atual, é interessante percorrer o caminho de evolução técnica e estudo doutrinal que contemplam seu desenvolvimento desde suas primeiras formulações na época imediatamente posterior às codificações até sua configuração técnica atual.

⁵⁶ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *ibid*, p. 11-12.

⁵⁷ Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 236, compartilha desse entendimento ao servir-se do exemplo da teoria da causa para demonstrar que não é de desprezar o instrumental que o direito clássico nos colocou à disposição: “Nesta medida há um exemplo interessante: o problema da teoria da causa nos negócios jurídicos. Trata-se de uma formulação que, no primeiro momento, se coloca muito rente ao estigma normativista fundado na autonomia da vontade, que emerge do sistema clássico. Porém, em um segundo momento, revela uma valorização mais aberta dos comportamentos à projeção dos fatos, e porosa à influência dos valores dominantes da sociedade.”

I.3.2.1 O Enriquecimento Sem Causa como Princípio Geral de Direito

Logo após as grandes codificações de matriz francesa dos séculos XIX e XX, que não incluíram dispositivos regulando o enriquecimento sem causa, ele era considerado um princípio geral de direito. Esta concepção persiste, de forma quase que inconsciente no espírito dos juristas. É comum entre os autores e na jurisprudência considerar que a proibição do enriquecimento sem causa seja um princípio geral de direito. Aliás, é freqüente a utilização da expressão enriquecimento injusto, porque em última análise busca-se uma moralização da vida jurídica.

A posição de GEORGES RIPERT, que reconhecia abertamente o apelo à equidade para justificar o enriquecimento sem causa como um meio para corrigir a imperfeição dos meios jurídicos, é emblemática. Depois de acurada análise doutrinária e jurisprudencial,⁵⁸ o autor acaba concluindo que as questões que tivessem como única via de resolução o enriquecimento sem causa seriam muito raras, porque seria raro que, sem uma intervenção voluntária e culpável, os efeitos de um ato pudessem gerar responsabilidades. Por isso entendia que o direito consagraria simplesmente o dever moral de não enriquecer injustamente à custa de outrem.⁵⁹

Esse posicionamento parece ser o reflexo claro da clausura do sistema jurídico oitocentista e seu modelo racional codificado. A um instituto estranho ao voluntarismo contratualista próprio do sistema não era concedido espaço no

⁵⁸ Georges Ripert, *A regra moral nas obrigações civis*, p. 245 e segs.

⁵⁹ Georges Ripert, *ibid.*, p. 264, assevera que “Em suma, todas as construções jurídicas a que deu lugar o enriquecimento sem causa são mais ou menos inúteis para explicar o domínio e o alcance da ação. O que se tentou foi dissimular o caráter moral da regra apresentada. Na prática os tribunais perguntam simplesmente se a pessoa enriquecida não tem o dever de justiça de indenizar a pessoa empobrecida na medida em que essa pessoa empobreceu, se ela própria se enriqueceu”.

direito.⁶⁰ O enriquecimento sem causa entendido como mero dever moral ficava relegado “ao limbo dos institutos, de que se faz uma utilização tão escassa quanto possível”.⁶¹

Contudo, não são poucos os autores⁶² que ainda hoje concebem o enriquecimento sem causa como um princípio geral de direito, e isto se repete freqüentemente na jurisprudência contemporânea.

Se considerado que os princípios gerais de direito são os pensamentos diretores de uma regulação jurídica e não regras suscetíveis de aplicação,⁶³ não há

⁶⁰ Luiz Edson Fachin, *op. cit.*, p. 213, esclarece que “O sistema artimanhado, de tal sorte competente, atribuiu a si próprio o poder de dizer o Direito, e assim o fazendo delimitou com uma tênue, mas eficaz lâmina, o direito do não-Direito; por essa via, fica de fora do sistema o que a ele não interessa.”

⁶¹ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os váios paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 150.

⁶² Nesse sentido Teresa Paiva de Negreiros, *Enriquecimento sem causa: aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito*, p. 841: “Retrospectivamente, conclui-se que o enriquecimento sem causa vem sendo concebido, doutrinária e jurisprudencialmente como um princípio implícito ao sistema normativo. Como tal, poderíamos dizer que é ele um daqueles princípios que conferem ao ordenamento um *nexo de sentido*, na expressão de Larenz, ou, como refere Reale, indispensável à *unidade axiológica* do ordenamento. A qualificação do enriquecimento sem causa como um princípio, por si só, já é indicativa da amplitude que se lhe pretende dar.” E também Fábio Jun Capucho, *Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro*, p. 22: “Em face do exposto, espera-se tenha restado clara a filiação do autor àquela corrente que vislumbra o enriquecimento sem causa como um princípio geral do direito, na forma mencionada, isto é, como uma das perspectivas possíveis do princípio da igualdade.” Cite-se, ainda, Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, p. 166, que atribui ao enriquecimento sem causa natureza jurídica dúplice como princípio e fonte obrigacional: “O enriquecimento sem causa é fonte obrigacional, inserido entre os atos unilaterais, inclusive por expressa previsão legal no Código Civil de 2002, nos arts. 884 a 886. (...) Contudo, ela não é suficiente para definir o amplo espectro em que o tema em estudo atua. As relações jurídicas não devem ceder espaço à injustiça, ao desequilíbrio de prestações, nem podem contrariar os princípios da dignidade, da liberdade e da solidariedade. Em decorrência disso, qualquer relação jurídica obrigacional pode fazer uso do enriquecimento sem causa como um corretivo principiológico, ou seja, um elemento com força normativa para purgar os desequilíbrios e as desproporcionalidades, cuja aplicabilidade é espalhada, em princípio, de forma ilimitada, desde que não contrarie a lei.”

⁶³ Segundo José de Oliveira Ascensão, *O Direito – Introdução e Teoria Geral*, p. 222, “Os princípios do direito são pois antes de mais princípios ou grandes orientações da ordem positiva, que a percorrem e vivificam, e que tem assim a potencialidade de conduzir a novas soluções. Porque a ordem jurídica não é um amontoado causal de elementos, é iluminada por grandes orientações que lhe dão o travejamento básico e que, dissemos, como componentes da lei, merecem o mesmo respeito e obrigatoriedade da própria lei. Assim, o princípio da boa fé, o princípio da conservação dos negócios jurídicos e tantos outros que têm sido elaborados. Estes princípios não são normas, são princípios de carácter formal.”

como reconhecer este caráter ao enriquecimento sem causa.⁶⁴ Quando muito poder-se-ia reconhecer na vedação do enriquecimento injusto um princípio específico de um subsistema menor, o do enriquecimento sem causa, inserido no sistema jurídico regido pelos princípios gerais de direito, mais generalizantes, em que se consubstancia a unidade da ordem jurídica.⁶⁵

E, em verdade, como bem pontuou DIEZ-PICAZO, a obrigação de restituir os enriquecimentos sem causa possui um marcado caráter de excepcionalidade. O autor acredita que a regra geral seja a permanência dos lucros nos patrimônios em que se produzem, naqueles a que de algum modo chegam ou naqueles em que se encontram. Isto corresponde a uma inevitável tendência do ordenamento jurídico que busca defender e proteger a paz jurídica, mediante a conservação do *status quo* que só pode ser alterado por conta de uma prescrição jurídica. A investigação da origem dos lucros obtidos e dos enriquecimentos recebidos é excepcional e só ocorre mediante requerimento do eventual lesado e na medida em que seu interesse possa ser protegido. O sistema jurídico e econômico de nossa ordem cultural não só

⁶⁴ Pode-se dizer que, em um estágio mais primitivo do desenvolvimento do direito, a vedação do enriquecimento injusto tenha sido um princípio geral de direito, que posteriormente transformou-se em regra. Segundo Karl Larenz, *Derecho Justo – Fundamentos de Ética Jurídica*, p. 32-3, “*Los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible. En sí mismos no son todavía reglas susceptibles de aplicación, pero pueden transformarse en reglas. Cuando remiten a un contenido intelectual que conduce a una regulación, son principios “materiales”, aunque les falte todavía el carácter formal de proposiciones jurídicas, representado por la conexión entre un “supuesto de hecho” y una “consecuencia jurídica”. Los principios indican sólo la dirección en la que está situada la regla que hay que encontrar. Podemos decir que son un primer paso para la obtención de la regla, que determina los pasos posteriores.*”

⁶⁵ Segundo Claus-Wilhelm Canaris, *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, p. 79: “Não se pode determinar, de antemão, quando deva um princípio valer como “geral”; também aqui se trata de um critério inteiramente relativo. Para o conjunto da nossa ordem jurídica, não se poderiam considerar todos os princípios como “portadores de unidade” e, com isso, como sistematizadores; e no que, quanto a essa função, respeita ao Direito privado: neste, nem todos os princípios são, por seu turno, relevantes para o sistema, como o serão, por exemplo, para o Direito das Obrigações, os Direitos Reais, o Direito das Sucessões, etc.; dentro desses âmbitos, formam-se subsistemas mais pequenos, com princípios “gerais” autônomos, como por exemplo, o sistema dos actos ilícitos, do enriquecimento sem causa, das perturbações na prestação ou da responsabilidade pela confiança. Em qualquer caso, uma parte dos princípios constituintes do sistema mais pequeno penetra, como “geral”, no mais largo e, inversamente, o sistema mais pequeno só em parte se deixa, normalmente, retirar dos princípios do mais largo. Assim, modifica-se a “generalidade” dum princípio, com a perspectiva do ponto de vista.”

permite os enriquecimentos, mas também os alenta e compartilha como um de seus ideais vitais.⁶⁶

Aos que ainda hoje concebem a proibição do enriquecimento sem causa apenas como um princípio geral de direito são feitas várias críticas: sua imprecisão, sua dificuldade de aplicação prática, a necessidade de uma prévia concreção e o perigo que comporta o alijamento das regras técnicas. Muitas vezes ele não passa de um recurso de estilo quando da redação de um arrazoado ou decisão.

Essa tese encontra os maiores simpatizantes entre os partidários de uma prática jurídica sem rigores técnicos, realizada com base em alegações mais ou menos superficiais. Sempre é possível invocar o enriquecimento sem causa porque a partir desta idéia pode-se defender a justiça de um caso sem o espeque em normas e preceitos jurídicos concretos. Até mesmo o nosso Superior Tribunal de Justiça, em algumas ocasiões, caiu nesta armadilha. Exemplo eloqüente desta disparatada realidade é a consagrada orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça que, sob o falso argumento de evitar que a reparação por danos morais venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, imiscui-se no reexame da matéria de fato⁶⁷ e reduz os valores das reparações por dano moral para corrigir abusos e exageros cometidos pelas instâncias inferiores na fixação do montante destas indenizações.

Nesse sentido a decisão proferida no Recurso Especial 265133/RJ, em que figurou como relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira:

(...) III – A indenização por danos morais deve ser fixada em termos razoáveis, não se justificando que a reparação venha a constituir-se em enriquecimento sem causa, com manifestos abusos e exageros, devendo o arbitramento operar-se com moderação,

⁶⁶ Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Doctrina del enriquecimiento injustificado, in *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, p. 43-4.

⁶⁷ Súmula 7 do STJ (Reexame da prova): “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial”.

proporcionalmente ao grau de culpa e ao porte econômico das partes, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso. Ademais, deve ela contribuir para desestimular o ofensor a repetir o ato, inibindo sua conduta antijurídica. IV – Em face dos manifestos e freqüentes abusos na fixação do quantum indenizatório, no campo da responsabilidade civil, com maior ênfase em se tratando de danos morais, lícito é ao Superior Tribunal de Justiça exercer o respectivo controle. (Diário da Justiça de 23/10/2000, pg. 145)

E também a decisão do Recurso Especial 72343-RJ, da relatoria do Ministro Aldir Passarinho Junior.

(...) II. Possível, entretanto, com base na tese argüida no recurso especial, alusiva ao enriquecimento sem causa, apreciar-se, em sede especial, a compatibilidade do valor do ressarcimento com a gravidade da lesão, como no caso dos autos, em que o montante estabelecido nas instâncias ordinárias se revela excessivo, impondo a sua redução para adequação aos parâmetros do Colegiado, notadamente porque, na espécie, a maior parte da notícia retratou fatos verdadeiramente acontecidos, como as imputações feitas ao autor por juiz trabalhista em processo sob sua condução e a abertura de inquérito administrativo pela Comlurb para apuração dos fatos. (Diário da Justiça de 04/02/2002, pg. 363) ⁶⁸

Assim, sob a invocação de um princípio geral de vedação do enriquecimento sem causa, o Superior Tribunal de Justiça subverte a tipologia do recurso especial⁶⁹ para analisar questões de fato.⁷⁰ Nas mãos da jurisprudência, a doutrina do enriquecimento sem causa é muitas vezes utilizada como recurso de equidade por aqueles que não se ocupam em racionalizar a aplicação do direito, mas de encontrar soluções para o caso concreto.

⁶⁸ Veja-se também: RESP 265121-RJ; RESP 267529; RESP 324629-MG; RESP 329094-MG; RESP 331535-RJ; RESP 389695-RJ; RESP 402356-MA; RESP 418502-SP; RESP 443095-SC; RESP 468377-MG; RESP 471159-RO e AGA 479935-SP.

⁶⁹ Segundo Rodolfo de Camargo Mancuso, *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, p. 86, “Tanto quanto o extraordinário, o recurso especial é de tipo excepcional, derivando essa qualificação, dentre outros fatores, da circunstância de não ser ele vocacionado ao exame da matéria fática. O objeto desse recurso há que se restringir ao contraste entre a decisão recorrida e um texto de lei federal que o recorrente sustenta ter sido contrariado, afastado ou interpretado de modo discrepante do que fez outro Tribunal (Cf. art. 105, III e alíneas).”

⁷⁰ Rodolfo de Camargo Mancuso, *ibid.*, p. 87: “Por outro lado, o STF tem considerado que constituem *questão de fato*: o *quantum* da indenização (...) na ação de responsabilidade civil (RTJ 86/743).”

É bem verdade que o enriquecimento sem causa é também uma regra moral ou ética. Mas isto é somente um ponto de partida.⁷¹ Para que a moralidade e a ética sejam juridicizadas é preciso que sejam reduzidas a parâmetros técnicos e conceituais, sob pena de cair-se no vulgarismo daqueles burocratas que reduzem o direito ao arbítrio mediante a invocação de princípios gerais.⁷² É necessário precisar o sentido e o alcance do enriquecimento sem causa como instituição dentro dos critérios técnicos do sistema jurídico.

I.3.2.2 O Enriquecimento Sem Causa Como Fundamento Da “Teoria Dos Quase-Contratos”

Na metade do século XIX,⁷³ quando o direito patrimonial passou a ser estudado mais tecnicamente, era fundado basicamente na vontade (contrato) e no risco (responsabilidade). Ocorre que existiam outras fontes de obrigações que não

⁷¹ No dizer de Manuel de la Camara Alvarez, Enriquecimiento injusto y sin causa, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa* p. 152: “Pero que la interdicción del enriquecimiento injusto sea un principio general del Derecho es tan sólo un punto de partida. Todos los principios generales cuando llega el momento de aplicarlos, en particular en su función de fuente subsidiaria, exigen un grado mínimo de concreción y han de hacerse compatibles con otros principios que prima facie pueden parecer contradictorios.”

⁷² Segundo José Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 21: “La moralidad en sí misma, sin el apoyo técnico de un aparato jurídico delimitador de conceptos y garantías sería un gran ídolo, divinidad presente de un mundo de funcionarios, que siempre daría la razón al poderoso.”

⁷³ Nessa mesma época, foi construída na França a doutrina da gestão anormal de negócios: originava-se uma obrigação restitutória em favor do gestor, mesmo que ele tivesse atuado sem prévia autorização do *dominus*. Assim o enriquecimento sem causa era explicado a partir de uma ampliação da gestão de negócios alheios sem mandato. Segundo L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimiento sem causa*, p. 18, “Laurent (*Principes de droit civil*, XX, n. 33 e ss.), inspirado por Pothier (V, n. 167 *ess.*; *Traité du mandat*, p. 189) e seguido por Larombière (*Théorie et pratique des obligations*, V, pp. 11 e ss.; VII p. 448) e Demolombe (*Cours de Cód. Napoléon*, XX, n. 49), defende que a acção de locupletamento é uma acção de restituição do acrescido a um patrimônio em detrimento do patrimônio doutrem, por gestão de negócios, acção aquela que apenas pode ser utilizada na ausência de acção própria e desde que o gestor agiu no interesse do dono do negócio. O enriquecimento sem causa será assim, *uma gestão de negócios anormal*, isto é, uma variedade ou dependência do instituto da gestão de negócios.”

se encaixavam nestas explicações. Surgiu, pois, a categoria dos quase-contratos, como categoria residual, para agasalhar todas as obrigações que não proviessem nem do contrato, nem da culpa. O problema é que esta categoria abarcava institutos, como a gestão de negócios imprópria e o pagamento indevido, que, além de terem origens diversas, não tinham um conteúdo comum que justificasse a aplicação de um regime jurídico unitário.

Ante a dificuldade de estudar os quase-contratos como um conjunto, os autores lançaram mão do princípio geral de direito que proibia os enriquecimentos injustos a fim de fundamentar a heterogênea categoria dos quase-contratos. Assim, o enriquecimento sem causa passou a ser entendido como fundamento único das pretensões restitutórias que não se fundassem nem na culpa, nem no contrato e tampouco na lei, porque era dotado da unidade essencial e conceitual necessária à constituição de uma categoria. Mas os quase-contratos logo perderam sua identidade e tenderam a ser absorvidos pelo enriquecimento sem causa, que é uma figura que ultrapassa os limites dos quase-contratos por sua pluralidade de perfis e por sua variada funcionalidade.

Cumpram aqui ressaltar que originalmente tanto o enriquecimento sem causa como a gestão de negócios foram incluídos na disciplina dos quase-contratos. De fato, eles comungam de uma característica marcante que é prescindirem de um acordo de vontades ou de um ato ilícito para gerarem obrigações.

Ocorre que apesar de superada essa categoria dos quase-contratos, tanto doutrinária quanto legislativamente (o novo Código Civil trata os dois institutos sob a rubrica de atos unilaterais), eles ainda mantêm estreitas relações. Note-se que algumas hipóteses clássicas de enriquecimento sem causa como a restituição do lucro por intervenção na esfera jurídica alheia muito se assemelham aos casos de gestão imprópria de negócios.

Por fim, cabe aqui referir que nos países do *Common Law*, o estudo dos quase-contratos engloba várias hipóteses de pretensões restitutórias que excedem o que o direito continental conhece por quase-contratos típicos.⁷⁴ Inclusive vem se desenvolvendo um ramo do direito denominado “*Law of restitution*”⁷⁵ com fundamento no enriquecimento injusto e que englobaria tanto as obrigações quase-contratuais⁷⁶ como aquelas nascidas do *constructive trust*.⁷⁷

I.3.2.3 O Enriquecimento Sem Causa Como “Ação Subsidiária Fundada Num Princípio Geral”

A configuração do enriquecimento sem causa como “ação subsidiária fundada num princípio geral”, que continua a ser a concepção dominante nos países latinos, inclusive no Brasil (art. 886 do CCB), tem sua gênese histórica na experiência francesa.

⁷⁴ Na Inglaterra, a perspectiva quase-contratual não desapareceu e subjaz a algumas teses quanto à natureza do enriquecimento sem causa. Mas, no entender de Júlio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 160, “Trata-se de uma proposta que, quanto a nós, ilustra bem os perigos inerentes a uma perspectiva quase contratual, a qual procura “forçar” a existência de um contrato onde nunca existiu e poderia não ter existido qualquer contrato. (...) O propósito do dever de restituir não é o de constituir a pálida e impossível imitação de um contrato, nem o de garantir um consentimento *a posteriori* da vítima de uma violação dos seus direitos.”

⁷⁵ Segundo Mitchel McInnes, “*Passing On*” in *the Law of Restitution: a re-consideration*”, p. 179: “*In the terms of the increasingly popular ‘Oxbridge’ analysis, the law of restitution is based upon a four-part principle of unjust enrichment: (i) an enrichment to the defendant, (ii) gained ‘at the plaintiff’s expense’, (iii) as a result of an unjust factor, (iv) in the absence of a recognized defence.*”

⁷⁶ Paolo Gallo, *Unjust Enrichment*, p. 437, esclarece que: “*The introduction of the concept of unjust enrichment has clearly not led to an abolition of the previous character of English quasi-contract, but to the coexistence of traditional rules with new ones. The term ‘benefit’ has a double meaning, signifying not only that someone has been enriched at the expense of another, in conformity to the new conception, but also that a performance requested has been rendered in conformity with the old one.*”

⁷⁷ José Alvarez Caperochipi, *op. cit.*, p. 15.

Como se sabe, o Código de Napoleão não continha qualquer referência específica ao enriquecimento injusto como princípio geral.⁷⁸ Mas em algumas situações a ausência do princípio se fazia sentir, até mesmo porque ele era freqüentemente invocado como razão de decidir pelas cortes antes da entrada em vigor do código napoleônico.

Então em 1892, a *Court de Cassation* francesa proferiu o famoso *Arrêt Boudier*, que acabou por introduzir expressa e definitivamente o enriquecimento sem causa, como princípio geral, no direito francês. LEITE DE CAMPOS assim resumiu o caso:

Patureau-Miran dera de arrendamento certos prédios rústicos a Garnier-Godard. Como este último não cumprisse as suas obrigações, o arrendamento foi resolvido, verificando-se que o arrendatário devia ao senhorio 15.000 francos. Feita a compensação com o valor dos frutos pendentes, concluiu-se que o arrendatário continuava a dever 5.376 francos. Mais tarde, Boudier, tendo-se dirigido em vão ao arrendatário insolvente, veio exigir do senhorio o pagamento de 324 francos, preço de adubos vendidos ao arrendatário antes da resolução do arrendamento. A *Cassation* condenou o Patureau-Miran a restituir a Boudier o valor dos adubos com fundamento no seu enriquecimento. Quanto a acção de *in rem verso* a *Cassation* afirmou: '...dado que esta acção deriva do princípio de equidade que proíbe o enriquecimento em detrimento de outrem e não está regulada em nenhum texto legal, o seu exercício não se encontra submetido a nenhuma condição determinada; basta que o accionante alegue a existência de uma vantagem que teria, através de um sacrifício ou facto pessoal, atribuído ao accionado'...' ⁷⁹

Essa fórmula demasiado vaga e genérica levou ao multiplicar, na transição do século XIX para o XX, de ações em que se invocava o enriquecimento da contraparte para justificar pretensões que não encontravam fundamentos legais no Código de Napoleão. Mas a doutrina logo reagiu, consciente de que se tinha ido

⁷⁸ Como observou MANUEL REBOLLO BUIG, *EL Enriquecimiento Injusto de la Administracion Publica*, apud, Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 152, "o silêncio a propósito do enriquecimento injusto aparece como correlativo dos princípios individualistas, voluntaristas e nominalistas do sistema instaurado por estes códigos, princípios propensos a sacralizar os contratos, a proteger os patrimônios de toda e qualquer intromissão estranha à vontade do seu titular, contrários à aceitação de obrigações sem o consentimento do obrigado, negadores da exigência do preço justo e do princípio da equivalência das prestações".

⁷⁹ Diogo José Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 151-2.

longe demais na consagração incondicionada de uma ação de restituição tão ampla. Com base na doutrina dos professores de Estrasburgo Aubry et Rau, imbuída de referência aos pensadores alemães da época, a Corte de Cassação francesa passou, pois, a exigir os requisitos da subsidiariedade e da ausência de causa para delimitar a aplicação do princípio. Veja-se o teor do paradigmático *Arrêt Clayette* como descrito por LEITE DE CAMPOS:

A acção de *in rem verso*, fundada no princípio da equidade que proíbe o enriquecimento em detrimento de outrem, deve ser admitida em todos os casos em que o patrimônio de uma pessoa se encontre, sem causa legítima, enriquecido a expensas do de uma outra pessoa, e essa não disponha para obter o que lhe é devido de nenhuma acção resultante de um contrato, quase-contrato, delito ou quase-delito. Mas essa acção não pode vir a substituir, no decurso da instância, uma acção diversa originariamente fundada sobre uma obrigação contratual que o accionante estaria impossibilitado de provar pela forma exigida pelos artigos 1.341^o. e 1.347^o. do Código Civil.⁸⁰

Contudo, como adverte JOSÉ ALVAREZ-CAPEROCHIPÍ, o requisito da subsidiariedade não só não tem um antecedente histórico ou uma explicação lógica uniforme, como, além disso, se for levado às suas últimas consequências, acarretaria a quase inutilidade do instituto do enriquecimento sem causa.⁸¹ Em outro lugar deste trabalho, aludir-se-á mais detalhadamente ao requisito da subsidiariedade, mas desde já é importante frisar que esta concepção do enriquecimento sem causa como ação subsidiária é muito vaga e genérica, e o requisito só é uma exigência adicional colocada ao funcionamento do instituto por quem acredita que seu operar desenfreado acarretaria a subversão dos quadros do direito positivo.⁸²

⁸⁰ Diogo Paredes Leite de Campos, *ibid.*, p. 158-9.

⁸¹ José Alvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 35.

⁸² Júlio Manuel Veira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 153.

I.3.2.4 O Enriquecimento Sem Causa Como Fundamento da “Ação Destinada A Corrigir ss Desequilíbrios Patrimoniais Produzidos Sem uma Causa Válida de Atribuição”

Na tradição jurídica germânica o enriquecimento sem causa tem uma brilhante trajetória, muito distinta do desenvolvimento quase que empírico a que se assistiu nos países latinos, que aderiram à vertente francesa originada no *arrêt Boudier*. Isto se deve aos aprofundados estudos do direito romano realizados sobre a teoria das *condictiones* pela pandectista, que originaram uma ampla bibliografia sobre o tema no século XIX.

SAVIGNY aponta como ponto comum entre todas as *condictiones* o aumento de um patrimônio pela diminuição de outro patrimônio que ocorreu sem causa ou em que perdeu a causa originária. Esta idéia foi adotada e desenvolvida pelos pandectistas alemães. WINDSCHEID, por exemplo, dedicou-se a estudar os direitos de crédito e bipartiu-os em a) direitos de crédito nascidos do contrato e b) direitos de crédito nascidos por causas análogas ao contrato, isto é, que nasciam sem convenção. E elaborou uma classificação para estes últimos em que o enriquecimento injustificado aparecia ao lado da gestão voluntária de assuntos alheios, da tutela e curatela, do exercício de cargos ou ofícios e da comunhão ou confusão de limites. Em seus estudos o autor apontou dois tipos centrais do enriquecimento injustificado: a) o enriquecimento derivado de uma prestação que se cumpriu com a finalidade de adimplir uma obrigação erroneamente pressuposta e b) o enriquecimento derivado de uma prestação que foi executada tendo por base uma pressuposição futura.

A posição de WINDSCHEID teve uma grande importância na doutrina e codificação alemãs. Considerando que os redatores do B.G.B. não admitiram a

causa como elemento constitutivo da obrigação, a ação de enriquecimento injustificado adquiriu um papel especialmente relevante como remédio para as conseqüências indesejadas dos atos e negócios abstratos. Também foi pela via da ação de enriquecimento injustificado que se possibilitou corrigir os desequilíbrios patrimoniais gerados pelas atribuições impróprias: a repetição do indébito no direito alemão.⁸³

A ação de enriquecimento sem causa revela a tensão entre o casuísmo e as cláusulas gerais, de que padece o B.G.B. A cláusula geral foi consagrada pelo inciso primeiro do parágrafo 812 do B.G.B.: “*quem obtém algo sem causa jurídica através da prestação de outrem ou de qualquer outra forma a custa do mesmo, está obrigado a restituí-lo*”. A casuística é traçada nos parágrafos seguintes quando se estabelece que a obrigação restitutória existe também se a causa jurídica desapareceu posteriormente ou se não se produziu o resultado perseguido pela prestação segundo o conteúdo do negócio jurídico.

A partir dos anos 20 passou-se a incorporar as concepções da legislação e doutrina alemãs nos países da tradição da codificação francesa. Em 1925, GEROTA, depois de um estudo exaustivo das fontes romanas e da literatura alemã, publicou o livro “*La Theorie de L'enrichissement sans cause dans le Code Civil allemand*” em que apontou a necessidade de assegurar a estabilidade dos patrimônios de acordo com o seguinte princípio: “Sempre que se rompe o equilíbrio entre dois patrimônios mediante uma transmissão de valores válida formalmente, mas contrária ao espírito de justiça social, se impõe a restituição”. GEROTA, apontou, pois, três condições extraídas do parágrafo 812 do BGB para que se justificasse a restituição: um enriquecimento do demandado; que este tenha ocorrido

⁸³ José Álvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 43-6.

às expensas do demandante e, portanto, seu empobrecimento; e por fim, que estes fatos tenham ocorrido sem causa jurídica.⁸⁴

Essa concepção mais técnica do enriquecimento sem causa se generalizou em no âmbito cultural europeu continental e nos ordenamentos que nele se inspiraram. Exemplos disso são as linhas adotadas pelo Código suíço, pelo Código Civil italiano de 1942, pelo Código Civil português de 1967 e, recentemente, pelo Código Civil brasileiro de 2002.

O problema central dessa concepção é a noção de causa. Caso se parta do *Grund* do parágrafo 812 do BGB, podem ser identificadas duas posições. Para uma corrente, a causa é uma espécie de conceito válvula para poder introduzir elementos de caráter valorativo e decidir sobre a justiça ou injustiça do deslocamento patrimonial. Para outra corrente, existem atribuições patrimoniais válidas ou conformes ao direito mas injustas, especialmente nas transmissões patrimoniais de caráter abstrato, que é um dos campos fundamentais em que a regra alemã do enriquecimento injustificado funciona como instrumento de correção dos resultados a que a abstração rigorosamente entendida conduz. Já a noção de causa estabelecida nos direitos pertencentes à tradição da codificação francesa, por obra de uma linha doutrinal procedente de DOMAT e POTHIER, articula-se como “causa das obrigações” ou “causa dos contratos”.

Ainda que historicamente tenham origem comum nas *condictiones* do direito romano compilado, hoje, as duas noções de causa diferem sobremaneira: no Código Civil alemão a idéia de causa (causa dos deslocamentos patrimoniais) não se relaciona em nada com a teoria geral do contrato e só aparece quando se refere ao enriquecimento injustificado; na tradição francesa a causa (causa da obrigação ou causa do contrato) é elemento do negócio jurídico, os negócios sem causa ou com

⁸⁴ Luís Díez-Picazo y Ponce de León, Doctrina del enriquecimiento injustificado, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa* p. 61.

causa ilícita ou torpe são nulos e desta nulidade decorrem as restituições, sem que seja necessário recorrer a uma pretensão restitutória independente.

A causa do enriquecimento é tão variada quanto as operações jurídicas que o originaram. Além disso, não se pode atribuir uma noção unívoca à ausência de causa de um enriquecimento. É preciso saber se o enriquecimento decorre de um ato jurídico derivado de um acordo de vontades entre as partes ou de um fato em que a vontade das partes não interveio; se o enriquecimento foi obtido mediante prestação, e então será preciso buscar a finalidade que se perseguia com a prestação, ou se foi produzido por uma intromissão nos bens alheios, quando a falta de causa consistirá na falta de título ou faculdade para levar a cabo tal intervenção.⁸⁵

Depois que buscou abandonar um terreno dominado por concepções vagas sobre a “causa”, a doutrina muito se debateu. O impasse sobre o conceito de “causa” parece não poder furtar-se a uma fragmentação ou dissolução – é impossível uma fórmula única. Aliás, cabe aqui emprestar a advertência formulada por DIEZ-PICAZO⁸⁶ de que não é possível importar soluções de ordenamentos estrangeiros sem adequá-las a cada sistema jurídico.⁸⁷ É preciso averiguar se o

⁸⁵ Luís Díez-Picazo y Ponce de León, *op. cit.*, p. 65.

⁸⁶ Luís Díez-Picazo Y Ponce de León, *id.*

⁸⁷ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 19, na introdução de sua obra, faz uma advertência prévia neste sentido: a atitude que cada ordenamento jurídico adota perante o enriquecimento sem causa depende, em grande medida, do sistema de transmissão da propriedade nele consagrado.

sistema de atribuição patrimonial é causal, abstrato ou misto.⁸⁸ Considerando que a maior parte da doutrina sobre o enriquecimento sem causa irradia dos parágrafos 812 e seguintes do Código Civil alemão, em que vigora o caráter abstrato das transmissões patrimoniais, não pode ser feita uma importação pura e simples para um sistema misto como o brasileiro, em que os fundamentos causais têm uma

⁸⁸ Esclarecedora é a lição de Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, p. 269-278: “Três sistemas estão fundamentalmente em confronto e que, são para remontarmos à terminologia romana, os sistema do título e do modo, o sistema do modo e o sistema do título. No direito de Roma distinguia-se entre o título – o acto pelo qual se estabelece a vontade de atribuir e de adquirir o direito real (*a empetio, a donatio, etc.*) – e o do modo – o acto pelo qual se realizam efectivamente essa atribuição e essa aquisição (*a mancipatio e a in jure cessio*, no direito clássico, *a traditio*, sob o influxo do *jus gentium*). O título só por si era insuficiente para a produção do efeito real, que exigia necessariamente o modo, mas, por seu turno, este também não era bastante para que esse efeito se produzisse, exigindo-se sempre que atrás do modo – nomeadamente da *traditio* – houvesse uma *justa causa* de atribuição. Este sistema em que a *via per mezzo* entre o interesse de regularidade e o interesse de indiscutibilidade se obtém através de uma dupla dependência do efeito real – dependência do título e dependência do modo – é ainda hoje seguido por várias legislações, designadamente a espanhola, que requer igualmente, nas aquisições de direitos reais que se fundam em contrato, não apenas que este contrato seja válido, mas ainda que se verifique a entrega da coisa (tradição), tanto para as coisas móveis como para as coisas imóveis. Sistema diverso é o sistema do modo, consagrado no Código Alemão, sistema em que a produção do efeito real não depende senão da tradição ou entrega, para as coisas móveis, e , para as imóveis, da inscrição no registro fundiário (“Eintragung”), com o respectivo acordo de transmissão (“Einigung”). Embora estes actos sejam normalmente precedidos de um contrato prévio em que se manifesta a vontade de atribuir e adquirir o direito real sobre a coisa, a atribuição e a aquisição não dependem em si mesmas disso, mas apenas do acto por que a atribuição e a aquisição se efectuam. Ao interesse da indiscutibilidade sacrifica-se o interesse da regularidade, resolvendo-se o problema através da irrelevância liminar do segundo. Ao invés, na França, na Itália, em Portugal, etc., prevalece o sistema do título, exigindo-se e bastando para que o *jus in re* se transmita ou constitua sobre a coisa o acto pelo qual se estabelece a vontade e dessa transferência ou dessa constituição (a compra, a doação, a constituição de usufruto, de servidão, de superfície, etc). Ao interesse da regularidade sacrifica-se, em princípio, o interesse da indiscutibilidade, ficando a existência do direito em princípio em questão enquanto estiver em questão o próprio acto que o titula. É claro que seria simplista supormos que qualquer destes sistemas pode ser levado – e é levado – às últimas consequências, desconhecendo qualquer deles em absoluto o interesse que se obriga a oferecer em holocausto. O sistema do modo, como veremos adiante, não desatende por completo às causas de atribuição, admitindo o recurso à acção por enriquecimento sem causa. O sistema do título, além das mais ou menos numerosas excepções que comporte e que o aproxima, por vezes, do sistema do título e do modo (incluindo um modo no título, como acontece, entre nós, com o dom manual, com o penhor e com a hipoteca, e, em mais larga escala, nos direitos suíço e austríaco, com a integração do título do registro fundiário), admite, evidentemente, a usucapião e a protecção de terceiros de boa fé. O próprio sistema espanhol, apesar da sua dupla dependência, que aparentemente o tornaria o sistema mais equânime, não deixa de tornear os efeitos a que conduziria a exigência de uma tradição *sensu stricto* (e que o direito alemão evita com recurso à “Eintragung”, no que concerne aos bens imóveis): a impossibilidade, designadamente, de o titular do *jus in re* poder dispor validamente dele quando não tenha a posse da coisa. Por isso, não só, como o direito romano, admite formas *sui generis* de entrega (o constituto possessório e a *traditio brevi manu*), como admite a autêntica tradição ficta da “tradição instrumental” (através de escritura pública, se desta não resulta o inverso) e da “tradição consensual” ou por simples acordo das partes.”

especial relevância, pois há diferenças importantes que exercem uma influência decisiva para o tratamento do tema do enriquecimento sem causa.

I.3.3 TESES UNITÁRIAS E TESES QUE DEFENDEM A DIVERSIDADE ENTRE VÁRIAS FORMAS DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Além da multiplicidade de paradigmas, a compreensão do enriquecimento sem causa também tem sido dificultada pela controvérsia entre concebê-lo de maneira unitária ou reconhecer a diversidade entre suas várias formas.⁸⁹ Em outras palavras, existiria um fundamento, um escopo unitário para o enriquecimento sem causa ou seria necessário proceder a uma tipificação das hipóteses de enriquecimento sem causa e tratá-las individualmente?⁹⁰

⁸⁹ Nas palavras de Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p 178: “o difícil dilema com que toda a construção do enriquecimento sem causa se depara: optar por conceber uma base unitária para o instituto, a qual, contudo, mesmo para quem acredite na sua existência, se encontra num plano tão elevado de abstracção e generalidade que o seu interesse prático (ou, ao menos, a sua aplicação prática imediata) se acha gravemente comprometido, ou optar por construir uma tipologia de situações com os perigos inerentes da fragmentação e da complexidade.”

⁹⁰ Nesse sentido Luís Díez-Picazo y Ponce de Leon, *op. cit.*, p. 65: “*En la exposición realizada hasta aquí, se habrán advertido lagunas por doquier. (...) Es, pues, una investigación inacabada. ¿Cuál ha sido, entonces, su sentido? Me parece que hay de modo inmediato uno muy claro que puede servir de colofón: es imposible continuar tratando esta materia con simples peticiones de principio y definir el enriquecimiento injusto por la injusticia del enriquecimiento entreteniéndose luego en decir lo que es enriquecimiento y empobrecimiento. Para romper ese círculo vicioso, había – hay – un doble camino: revisar la historia del dogma para delimitar con claridad el precipitado que la misma nos proporciona reduciendo así su campo de aplicación; o intentar una tipificación o formación de tipos que permitan una concreción de la regla, con el doble efecto de hacerla más fácilmente inteligible y más fácilmente aplicable, o lo que es lo mismo, inaplicable.*”

I.3.3.1 Teses Unitárias⁹¹

A) A teoria unitária da deslocação patrimonial

SAVIGNY,⁹² que teve reconhecida influência na gênese do BGB, era partidário de uma concepção unitária do enriquecimento sem causa. Defendia que o fundamento do instituto residia numa “lesão jurídica através de um ter ilícito” e que seu escopo consistia na eliminação ou negação de uma vantagem patrimonial injustificada. Para SAVIGNY, era essencial que se verificassem o aumento de um patrimônio e a simultânea diminuição de outro, e que isto tivesse ocorrido sem causa ou que a causa originária tivesse desaparecido.⁹³

Se essa alusão à ausência de causa fosse inicial ou superveniente seria, em verdade, garantia de que todas as transferências patrimoniais estariam subordinadas ao consentimento do proprietário, ou seja, deveriam corresponder a uma determinação da vontade do proprietário. Qualquer transmissão de patrimônio pressupunha um ato contratual de translação prévio.

A tese de SAVIGNY é considerada como unitária porque defendia que, comprovado algum enriquecimento injustificado, ele seria tutelado independentemente do modo ou forma como tivesse sido processado. Todavia é de

⁹¹ Deve-se advertir que não se teve acesso aos originais das teses aqui apresentadas. Utilizou-se especialmente as referências de Júlio Manoel Vieira Gomes, Francisco Manoel Pereira Coelho e Diogo José Paredes Leite de Campos para aludir às teorias suso expostas.

⁹² Sobre o pensamento deste autor, vide Julio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 166 e segs.

⁹³ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*, p. 25, descreve a teoria unitária da deslocação patrimonial nos seguintes termos: “Assim, de acordo com essa teoria, o fundamento comum a todas as pretensões de enriquecimento residiria na oposição entre a aquisição de uma vantagem e a legitimidade da sua manutenção. A pretensão de enriquecimento dependeria sempre da verificação de dois pressupostos: uma deslocação patrimonial direta entre duas pessoas, produzindo enriquecimento numa e correlativo empobrecimento noutra; ausência de causa jurídica para essa deslocação patrimonial.”

salientar que SAVIGNY colocava o enriquecimento sem causa na órbita da propriedade já que o explicava por meio das noções de deslocação patrimonial e relevância da vontade do proprietário.

Na atualidade muitos continuam a considerar a idéia de deslocação patrimonial – passagem de um bem de um patrimônio para outro, leia-se, empobrecimento – como o fundamento dogmático do enriquecimento sem causa e de sua unidade.⁹⁴ Dois óbices são apontados contra esta concepção: a) todo enriquecimento suporia um empobrecimento simétrico de outrem, como duas faces de uma mesma moeda, tendo por objeto um bem concreto, em última análise a comparação entre dois patrimônios, sendo indiferente a razão da deslocação que poderia inclusive derivar de um fato natural; b) a tese da deslocação também esbarra na dificuldade de explicar as situações de consumo ou utilização de bens alheios, pois nestes casos não se vislumbra qualquer deslocação patrimonial.

Na França, autores como AUBRY E RAU, LABBÉ, DEMOGUE, MAURY E ROUAST, calcados na concepção de que o patrimônio seria a própria pessoa considerada sob a perspectiva da sua potência econômica, compartilhavam o entendimento de que na base do enriquecimento sem causa estaria a vedação de uma transmissão de valor injustificada de um patrimônio para outro. O instituto se prestaria à manutenção dos valores nos patrimônios em que foram gerados o que corresponde a uma necessidade de assegurar a estática das fortunas. Neste enquadramento aparecia também a exigência de que ao enriquecimento verificado correspondesse um empobrecimento simétrico.

⁹⁴ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 176, cita Rui de Alarcão, segundo quem o conceito de deslocação patrimonial representaria o “suporte fenomenológico e base material do instituto do enriquecimento sem causa” acreditando que “o conceito (de deslocação patrimonial) é dotado de suficiente grau de abstracção para abarcar toda a multiforme tipologia de actos geradores de situações de enriquecimento”. Também cita José de Oliveira Ascensão e Manuel Carneiro da Frada que se referem ao enriquecimento sem causa como sendo este “um mecanismo de correcção e equilíbrio de patrimônios”, acrescentando que “o seu pensamento central é o de que as vantagens que fluíram para uma determinada esfera jurídica sem justificação devem ser reconduzidas para o patrimônio daquele donde emanaram”.

Essa redução do enriquecimento sem causa a uma noção de transmissão de valor não se mostra suficiente a esclarecê-lo, porque além de vaga e imprecisa ignora a restituição de enriquecimentos decorrentes de ato de terceiro ou de caso fortuito.

B) A teoria da ilicitude

A tradicional doutrina unitária da deslocação patrimonial entrou em crise após o surgimento da obra de SCHULZ que entendia que a base do instituto do enriquecimento sem causa não residiria na deslocação patrimonial sem causa jurídica, mas numa ação contrária ao direito consubstanciada na ingerência no direito de outrem.

Na visão de SCHULZ⁹⁵, existiria um direito ao resultado da intervenção ou ingerência em direito alheio. Qualquer atuação com reflexos num direito alheio (disposição, utilização, oneração, consumo, destruição ou recepção) seria considerada uma intervenção. O princípio fundamental para SCHULZ seria o de que, *a priori*, ninguém deve poder retirar um lucro de uma intervenção ilícita num direito alheio.

Essa concepção mais ambiciosa, que cederia uma proteção muito mais abrangente ao titular do direito, foi criticada pela doutrina por tutelar excessivamente os interesses deste em detrimento àqueles do interventor que de alguma forma trabalhara para obter os lucros, ainda que tivesse se servido de bem alheio para tanto. Na visão de SCHULZ, a restituição do lucro por intervenção estaria revestida de um caráter de medida de confisco, de reação penal contra uma ação ilícita. Pela referência ao conceito de ilicitude delitual, o autor aproxima do enriquecimento sem causa a responsabilidade civil.

⁹⁵ Francisco Manoel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, p. 50 e segs., examina com cuidado a doutrina de Schulz tomando por base o *System der Rechte auf den Eingriffserverb*, escrito em 1909.

Fica ainda mantida a base unitária do enriquecimento sem causa que seria o incremento patrimonial, que o devedor obtém a partir do patrimônio do seu credor, quando a aquisição desta vantagem não for legitimada por um negócio jurídico ou por uma norma de direito objetivo. Seriam pressupostos unitários do instituto: o enriquecimento de alguém; que este enriquecimento provenha do patrimônio de outrem; e que o enriquecimento não tenha uma causa jurídica.⁹⁶

I.3.3.2 Teses Fragmentárias

Ainda na Alemanha, o trabalho de WILBURG⁹⁷ surgiu para aportar novas idéias que viriam a ser o embrião para a atual compreensão germânica do enriquecimento sem causa. Apontou o autor uma dicotomia distinguindo entre as situações em que o enriquecimento resultava de uma prestação e aquelas em que ocorresse de outras formas.⁹⁸ Rompeu-se, pois, completamente com o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa: o enriquecimento por prestação passa a ser visto como um anexo do direito dos contratos e o enriquecimento por intervenção é tratado como um prolongamento da eficácia do direito de propriedade.

Segundo WILBURG, o essencial seria saber quando é que um enriquecimento seria injustificado, sendo irrelevantes a ocorrência de um dano e a relação entre o dano e a vantagem do enriquecido.

⁹⁶ Luís Manuel de Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 26.

⁹⁷ Segundo Franciso Manoel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 53, os estudos de Wilburg datam de 1934 na obra *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*.

⁹⁸ Nas palavras de Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *op. cit.*, p. 26, “ A tese principal desses autores reside na divisão do instituto do enriquecimento sem causa em duas categorias principais: uma relativa a situações de enriquecimento geradas com base numa prestação do empobrecido e outra abrangendo as situações de enriquecimento não-fundadas na prestação, atribuindo-se, nesta última, papel preponderante ao enriquecimento por intervenção.”

De um lado, a injustificação de um enriquecimento poderia decorrer da falha – falta de causa – de uma prestação (prestação relativamente à qual se verificou um vício de vontade; prestação que visa a um fim ilícito ou prestação que não possibilita a obtenção do escopo visado). Mas a injustificação de um enriquecimento também poderia derivar da violação de um direito alheio à custa do qual o enriquecimento se verificou, como o direito de propriedade, direito de patente, direito de autor ou a força de trabalho. O interventor seria obrigado a entregar ao titular do direito aquela parte do lucro da intervenção que mantivesse ligação econômica com o direito violado, representando o valor da contribuição relativa destes bens no processo de produção de que resultou o lucro. O mérito da construção derivaria em introduzir um novo conceito: o *conteúdo de atribuição ou de destinação* do direito lesado.

A fórmula preconizada por WILBURG de que o interventor deveria restituir ao titular do direito aquela parte do lucro da intervenção correspondente ao conteúdo de destinação do direito lesado revelou-se obscura e de difícil aplicação prática. Serviu, porém, para demonstrar que o enriquecimento sem causa nem sempre estaria atrelado a uma manifestação de vontade e poderia derivar diretamente de intervenções na esfera jurídica alheia não precedidas de um acordo de vontades.

VON CAEMMERER⁹⁹ aperfeiçoou o sistema proposto por WILBURG mantendo a dicotomia essencial entre o enriquecimento baseado numa prestação e os restantes tipos de enriquecimento. Todavia, reputou a dicotomia insuficiente e sugeriu uma tipologia aberta mais minuciosa e não exaustiva das hipóteses de enriquecimento sem causa. Entendia que o princípio geral de que ninguém pode enriquecer à custa alheia exercia um fascínio próprio de todos os princípios gerais de justiça, mas carecia de concretização.

⁹⁹ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.* p. 191, cita os estudos publicados pelo autor em 1954, na *Festschrift für Ernst Rabel*, vol. I.

A tipologia arquitetada por VON CAEMMERER consagrava o papel central das situações em que o enriquecimento resultasse de prestações fracassadas ou de prestações relativamente às quais se desvanecesse a relação causal. Ressaltava, contudo, que o fundamento para a restituição nestes casos é exterior aos quadros do enriquecimento sem causa, mas deriva da validade do contrato e das regras que o regiam.

Nas situações de ingerência ou intromissão em que um bem alheio fosse consumido, utilizado ou alienado, distinguia entre as hipóteses em que tal ocorresse dolosamente, que seriam casos de gestão imprópria de negócios, e as outras hipóteses. Nestas últimas opinava que a restituição do enriquecimento seria limitada ao valor objetivo do uso ou dos bens consumidos ou alienados, restringindo o enriquecimento ao valor de uso ou consumo da coisa alheia numa visão claramente indenizatória do enriquecimento sem causa.

JAKOBS¹⁰⁰ por sua vez denunciou a vacuidade do conceito de *conteúdo de destinação* que fundamentou as posições defendidas por WILBURG e VON CAEMMERER. JAKOBS prescindia por completo da noção de deslocação patrimonial para caracterizar o enriquecimento sem causa. A restituição teria por base a ilicitude da conduta do agente, num retorno aos argumento de SCHULTZ e às críticas a este dirigidas.

¹⁰⁰ Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 61, refere ao *Eingriffserverb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung*, publicado por Jakobs em 1964.

I.3.4 POSIÇÃO ADOTADA

Depois de examinados os diversos paradigmas e teorias, impõe-se esclarecer qual a concepção adotada para o enriquecimento sem causa. Não é demais frisar que os vários modelos podem ser vistos como perspectivas complementares de uma mesma realidade, sendo, contudo, inviável uma harmonização de todos eles porque o enriquecimento sem causa não é uma realidade inteiramente coerente, na medida em que agasalha simultaneamente vários vetores em constante tensão recíproca ou em tensão com outros princípios do ordenamento jurídico.

A idéia fundamental do enriquecimento sem causa é a obrigatoriedade de restituição do que se obteve à custa de outrem quando não há uma causa reconhecida pelo ordenamento jurídico como apta a sustentar a retenção do obtido.¹⁰¹

Note-se que o enriquecimento sem causa opera em parâmetros distintos tanto do contrato quanto da responsabilidade civil. Para seus fins são mitigados conceitos como comportamento culposos ou ilícitos e vontade das partes. A origem da obtenção de uma vantagem que gere a obrigação de restituir por enriquecimento sem causa pode derivar de um comportamento do beneficiado, daquele que exige a restituição, de um terceiro ou até mesmo de um acontecimento natural. A rigor, a obrigação de restituir o enriquecimento independe de qualquer imputação de conduta ao obrigado ou de sua declaração de vontade.

¹⁰¹ Segundo Júlio Manoel Vieira Gomes, *op cit.*, p. 222, “O pensamento fundamental do enriquecimento sem causa consiste, a nosso ver, na necessidade de restituir o que se obteve à custa de outrem, quando falta uma causa justificativa para reter o obtido.”

Na base do enriquecimento sem causa há sempre uma idéia de deslocação patrimonial; de fluxo e refluxo de valores. Ainda que libertados das idéias iniciais de necessidade de verificar-se um empobrecimento concomitante ao enriquecimento verificado, de identidade exata entre o perdido por um e o obtido pelo outro ou de translação de uma coisa corpórea de um patrimônio a outro, não há como negar que o enriquecimento sem causa supõe o trânsito de valores entre distintos patrimônios.

A intromissão ilícita na esfera jurídica alheia está freqüentemente presente no enriquecimento sem causa, mas não lhe é essencial, porque muitas vezes a obrigação de restituir é gerada independentemente de qualquer conduta ilícita. Note-se ademais que as preocupações preventivas e sancionatórias que, ainda que por via reflexa, sejam satisfeitas pela obrigação de restituição do enriquecimento sem causa, não lhe são inerentes e centrais como na responsabilidade civil em que os juízos de culpabilidade, ilicitude e censurabilidade são essenciais.

Sublinhe-se que a obrigação de restituir o enriquecimento sem causa não depende necessariamente de qualquer comportamento do enriquecido, culposo ou não, não depende sequer de qualquer conduta da própria pessoa que vem a exigir a restituição ou de terceiro, porque pode derivar de um acontecimento natural. A culpa e a vontade que ocupam papéis centrais em outros institutos podem ser irrelevantes para efeitos de enriquecimento sem causa que independe de qualquer imputação de conduta ao obrigado.

A sorte de considerações expostas neste tópico revela que se tende, neste estudo, a identificar um núcleo unitário no enriquecimento sem causa, reconhecendo a existência de uma cláusula geral. Ocorre que talvez o nível de abstração obtido conduza a uma dificuldade de explicitação da regra e impossibilite a sua aplicação nos casos concretos, por mover-se em terreno um tanto vago e impreciso. Reputa-se, pois, essencial um estudo das hipóteses de enriquecimento sem causa

consagradas pela doutrina e jurisprudência a fim de tornar o instituto mais facilmente inteligível e aplicável.

Não se trata, todavia, de adesão à corrente que analisa o enriquecimento sem causa por meio da formação de tipos com ocorre na Alemanha a partir dos estudos de WILLBURG e VON CAEMMERER, que bipartem o enriquecimento sem causa em *conditio* de prestação (*Leistungskondiktio*) e *conditio* por intromissão (*Eingriffskondiktio*)¹⁰², e na Itália com base nas reflexões de PIETRO TRIMARCHI.¹⁰³ MENEZES LEITÃO, ao contrário do que se defende neste estudo, é favorável à criação de uma tipologia de hipóteses de enriquecimento sem causa, por entender que a cláusula do enriquecimento sem causa constante do art. 884 do Código Civil brasileiro é demasiado genérica.¹⁰⁴

¹⁰² Na Espanha, Luis Díez-Picazo y Ponce de Leon, *Doctrina del enriquecimiento injustificado*, in *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin Causa*, p. 98, adere incondicionalmente a essa forma de estudo, no que é seguido por Xabier Bsozabeal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromision en Derecho Ajeno*, p. 35 e seguintes. Na Itália Pietro Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, p. 22 e segs., construiu uma tipologia ajustada às necessidades do direito positivo italiano. Esta tipologia foi posteriormente adotada por outros autores italianos como Gallo e Breccia, conforme noticia Xabier Arrue, *op. cit.*, p. 46.

¹⁰³ Nas palavras de Pietro Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, p.7-8, "(...) è necessario determinare precisamente il contenuto precettivo della norma, e dare dei contorni precisi a un principio altrimenti informe, tracendo le indicazioni necessarie, in particolare, da quelle altre norme che prevedono ipotesi specifiche di arricchimento senza causa. (...) nel nostro caso occorrerà determinare le ipotesi tipiche alle quali é applicabile il principio relativo all'arricchimento senza causa."

¹⁰⁴ Segundo Luís Manuel de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*, p. 28, "Entendemos, portanto, que a cláusula do enriquecimento sem causa, constante do art. 884 do Código Civil brasileiro, (...), apresenta-se como demasiado genérica, não permitindo o tratamento dogmático unitário do enriquecimento sem causa uma adequada subsunção aos casos concretos. Haverá de estabelecer uma tipologia de categorias que efetua, pela integração do caso em uma delas, a referida subsunção. Defendemos por isso, a doutrina da divisão do instituto. Por esse motivo, distinguimos no âmbito do enriquecimento sem causa as seguintes situações: o enriquecimento por prestação; o enriquecimento por intervenção; o enriquecimento por despesas realizadas em benefício doutrem; e o enriquecimento por desconsideração de um patrimônio intermédio."

I.4 ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Para a configuração de um enriquecimento sem causa apto a gerar uma obrigação de restituição é necessária a presença concomitante de três elementos: um enriquecimento; a ausência de causa e a obtenção à custa de outrem. A coexistência destes fatores é relativamente rara, o que talvez explique o pequeno número de decisões judiciais que tenham por base o enriquecimento sem causa que, *a priori*, parece ser uma regra de grande abrangência.¹⁰⁵

A par desses elementos, a doutrina, a jurisprudência e até mesmo a legislação têm apontado outros requisitos, que se reputam dispensáveis à caracterização do enriquecimento sem causa, como o empobrecimento concomitante, a imediação, a subsidiariedade da obrigação e a culpa do enriquecido¹⁰⁶. Como será ponderado oportunamente, estes requisitos não podem prevalecer por não resistirem a uma análise mais acurada sobre sua real função e pertinência.

¹⁰⁵ L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimento sem causa*, p. 47, cita Ripert e Boulanger (Traité élémentaire de Planiol, II, p. 432): “*Il est relativement rare que toutes ces conditions se trouvent réunies. C’est ce qui explique le petit nombre de décisions judiciaires sur l’application d’une règle qui paraît au premier abord susceptible d’une très large portée.*”

¹⁰⁶ A doutrina nacional, representada por Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, Vol. II., p. 290, Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, Vol. 3, p. 424 e Washington de Barro Monteiro, *Curso de direito civil. Direito das Obrigações. 2ª. Parte*, p. 440-1, tem insistido na necessidade da presença concomitante de cinco condições para que fique caracterizado o enriquecimento sem causa: a) um enriquecimento por parte do réu; b) um empobrecimento por parte do autor; c) a existência de uma relação de causalidade entre os dois fatos; d) a ausência de causa que os justifique; e e) a inexistência de qualquer outra ação para socorrer a vítima. Esta orientação não é sufragada neste trabalho, como será demonstrado.

Passar-se-á à análise de cada um desses elementos, que presentes possibilitam a exigência de prestações fundadas no enriquecimento sem causa.

I.4.1 - O ENRIQUECIMENTO

A economia cuida dos fenômenos relacionados à produção, circulação e consumo de bens, mas estes bens só adquirem utilidade econômica por meio dos direitos que os respectivos titulares sobre eles exercem. O direito das obrigações e a economia são dois ângulos de encarar a mesma realidade patrimonial.¹⁰⁷

Existe um intenso debate doutrinário acerca da noção de patrimônio, mas predomina um consenso entre os autores de que os elementos que o compõem são suscetíveis de valoração econômica, ou seja, direitos dotados de valor pecuniário de troca e de uso.¹⁰⁸

No enriquecimento sem causa a nota dominante é a natureza patrimonial dos interesses em jogo. Enriquecer significa incrementar ou aumentar o conjunto de bens ou valores pertencente a um certo sujeito. Portanto, não se pode deixar de ter em mente que se está no domínio dos direitos patrimoniais disponíveis no qual é patente a influência do princípio da autonomia privada.

¹⁰⁷ “Tanto a ciência econômica como a ciência jurídica têm por objecto comportamentos humanos e relações sociais: a economia, preocupando-se directamente com os fenómenos económicos em si mesmos, aponta para a solução que conduza ao máximo de utilidade; a ciência jurídica, contemplando esses fenómenos económicos através dos direitos e obrigações que o seu desenvolvimento implica, procura a solução mais justa. De um equilibrado entrelace de ambas as perspectivas é que há-de resultar em cada caso a solução conveniente aos interesses individuais e colectivos. As duas técnicas apontadas nunca devem portanto desconhecer-se.” Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 107-8.

¹⁰⁸ Nas palavras de Luiz Edson Fachin, *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, p. 46, “A noção de patrimônio, embora sua definição não esteja pacificada, diz respeito a um conjunto de direitos, relações ou bens que sejam aferíveis em pecúnia, ou seja, tenham valor de troca”.

O enriquecimento sem causa está eminentemente inserido nesse contexto patrimonial: é considerado uma fonte de obrigações, ou seja, quando comprovada a ocorrência de um enriquecimento sem causa surge um dever de prestação creditória.¹⁰⁹

A ocorrência de um enriquecimento é elemento indispensável à caracterização do instituto do enriquecimento sem causa. Considera-se enriquecimento a obtenção de uma vantagem de carácter patrimonial decorrente da aquisição ou incremento de valor de um direito real ou de crédito, sem uma desvantagem equivalente. O enriquecimento também pode traduzir-se na diminuição do passivo a que um património estava adstrito, pela extinção de dívidas ou de direitos reais de garantia. Neste caso é dito enriquecimento negativo. Como o conceito de enriquecimento é bastante difuso, não é possível construir um rol exaustivo das hipóteses.

Inúmeras são as situações que podem configurar um enriquecimento. Por um aporte pecuniário, por incremento de valor de um bem como a construções sobre imóveis, melhorias, acessões, aquisição do gozo de um direito préexistente (a posse, por exemplo). Ainda é cabível falar em enriquecimento quando se evita um dano ou prejuízo e também nos casos de utilização temporária de um bem ou serviço de outrem.

¹⁰⁹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em geral*, Vol. I, p. 15-16, bem pondera que “O direito das obrigações é o conjunto das normas jurídicas reguladoras das *relações de crédito*, sendo estas as relações jurídicas em que ao *direito subjectivo* atribuído a um dos sujeitos corresponde um *dever de prestar* especificadamente imposto a determinada pessoa. (...) Daí que, tomando a parte (mais característica da relação) pelo todo, se possa afirmar que o objecto fundamental do direito das obrigações consiste nos *deveres de prestação*.”

É igualmente possível falar-se em enriquecimento pelo incremento do patrimônio moral.¹¹⁰ Devido às peculiaridades deste patrimônio é necessário que esta vantagem seja aferível em dinheiro, até porque a restituição *in natura* seria impossível e sempre dá lugar à restituição por equivalente.¹¹¹

I.4.1.1 Enriquecimento Real e Enriquecimento Patrimonial

O *caput* do artigo 884 do Código Civil de 2002¹¹² consagra um conceito indeterminado para o enriquecimento, não estando presente qualquer limitação

¹¹⁰ Diogo José Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 482-3, é contrário a esse entendimento: “Só muito impropriamente se poderia falar de um *enriquecimento moral ou não patrimonial*, dada a incompatibilidade dos dois conceitos. Aliás, os casos retirados da jurisprudência e englobados sob tal epígrafe resolvem-se invariavelmente em enriquecimentos de claro carácter económico que se traduzem normalmente numa poupança de despesas para o sujeito enriquecido. (...) Contudo, não é difícil aceitar que o enriquecimento possa ter origem numa vantagem moral, que se converteu numa vantagem patrimonial a desencadear a acção de enriquecimento, e não a vantagem moral. Diferentes destes são os casos anteriormente referidos de ‘enriquecimentos’ morais, sem reflexos patrimoniais.”

¹¹¹ Segundo Agostinho Alvim, *Do enriquecimento sem causa*, p. 57, “O enriquecimento tem o mais amplo sentido, compreendendo qualquer aumento do patrimônio, ou diminuição evitada, e até vantagens não patrimoniais, desde que estimáveis em dinheiro.” Neste sentido também podemos citar Júlio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 233: “Na prática, contudo, exige-se que este enriquecimento moral seja avaliável em dinheiro até por isso que a restituição natural será, em tal hipótese, impossível e haverá que proceder à restituição por equivalente.”

¹¹² Art. 884 – Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

quanto à maneira pela qual ele se configure, bastando que fique caracterizada a obtenção de uma vantagem concreta e objetiva, passível de clara identificação.¹¹³

Existem dois aspectos a serem considerados na avaliação da vantagem patrimonial, os quais podem conduzir a resultados diferentes: o *enriquecimento real*, que corresponde ao valor objetivo e autônomo da vantagem adquirida e o *enriquecimento patrimonial*, que reflete a diferença para mais produzida na esfera econômica do enriquecido e que resulta da comparação entre a situação efetiva (situação real) e aquela em que ele se encontraria se a deslocação não se houvesse verificado (situação hipotética).¹¹⁴

O “indevidamente auferido” a que se refere o artigo 884 do Código Civil pode entender-se tanto na concepção estática do *enriquecimento real* quanto na concepção dinâmica do *enriquecimento patrimonial*.¹¹⁵ O valor do *quantum* a ser restituído poderá variar muito conforme a concepção que se adote.

¹¹³ Segundo Luís Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no direito civil*, p. 862., “Não nos parece, porém, que a definição em termos patrimoniais do enriquecimento como pressuposto da obrigação de restituição seja adequada, uma vez que nem em face do direito alemão nem em face do direito português, se pode considerar essa solução como legislativamente consagrada, já que em ambos os direitos se faz referência a uma aquisição específica e não a um incremento patrimonial global. Efectivamente, o § 812 BGB faz referência à aquisição de alguma coisa (*etwas*), sendo esse o objecto primário da restituição (§ 818 BGB). O nosso art. 473º. Refere também expressamente que quem enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir ‘aquilo com que injustamente se locupletou’, identificando o enriquecimento com uma concreta aquisição injusta, a qual no enriquecimento por prestação consiste ‘no que for recebido’ (art. 473, no. 2), dando-se primazia à restituição em espécie do obtido (art. 479º., no. 1). Não é feita referência a um incremento patrimonial global consistindo assim o enriquecimento numa vantagem patrimonial concreta.”

¹¹⁴ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 327.

¹¹⁵ Ao comentar esse dispositivo legal, Newton de Lucca, *Comentários ao Novo Código Civil, Volume XII*, p. 106, remete ao arbítrio do juiz a escolha do critério a ser utilizado, o que parece ser um critério altamente subjetivo e insatisfatório. Vejamos: “O dispositivo sob comentário não é expresso no sentido de estar contemplada somente a hipótese de devolução da vantagem real isoladamente considerada ou se, de forma mais abrangente, podemos falar na restituição da vantagem patrimonial auferida. A dúvida se coloca em razão da redação do dispositivo que proclama a obrigação de ‘restituir o indevidamente auferido’. Em situações como essa, deverá o juiz, utilizando-se da equidade, avaliar a extensão do locupletamento injusto e o grau de desequilíbrio patrimonial experimentado pelas partes, de forma a melhor decidir a questão, independentemente de regras fixas a respeito do tipo de vantagem a ser efetivamente restituída (se apenas a real ou a patrimonial). O objetivo do julgador deverá ser apenas um, qual seja, o de reequilibrar o patrimônio dos envolvidos na relação obrigacional.”

PEREIRA COELHO adere à concepção de que o valor a ser restituído deve ter por base o *enriquecimento patrimonial*, consubstanciado na *diferença para mais (saldo) constatada no patrimônio do devedor*. Só uma avaliação concreta, subjetiva e dinâmica do patrimônio do enriquecido poderia dar a medida do montante da restituição.¹¹⁶ Este posicionamento é compartilhado por LEITE DE CAMPOS que considera que a concepção de *enriquecimento patrimonial* é a preferível, consistindo a finalidade do enriquecimento sem causa na remoção da utilidade retirada pelo enriquecido, independentemente de sua boa ou má-fé.¹¹⁷

VIEIRA GOMES, por sua vez, adotou uma posição mais complexa, que parece satisfazer melhor as finalidades do enriquecimento sem causa, ao introduzir um novo elemento de análise: a boa ou má-fé do enriquecido. Com efeito, é assaz pertinente a distinção de tratamento, levando em conta a diferenciação de comportamento daquele que agiu de boa-fé que estaria obrigado à restituição do *enriquecimento patrimonial*, e o enriquecido de má-fé que não poderia pretender eximir-se de sua obrigação nos limites do enriquecimento patrimonial, se este for inferior ao valor de mercado da coisa. Presente a má-fé do enriquecido ele estaria

¹¹⁶ Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, p. 36-7.

¹¹⁷ Diogo José Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da Obrigação de Restituir o Enriquecimento*, p. 452-53: “Só uma avaliação dinâmica do enriquecimento permitirá que o enriquecimento sem causa realize suas funções específicas: remover todo o enriquecimento, e só ele, do patrimônio do enriquecido. Correspondendo *enriquecimento a utilidade*, há que determinar qual a utilidade que o beneficiado com a deslocação patrimonial retirou desta. Só através da restituição desta utilidade se pode dizer que o instituto do enriquecimento sem causa realizou a sua função específica: remover o enriquecimento do patrimônio beneficiado de modo a que este fique na mesma situação em que estaria se o facto gerador do enriquecimento se não tivesse verificado. Deste modo, o enriquecimento (sem causa) será uma diferença entre duas situações patrimoniais, um saldo (positivo) do patrimônio do beneficiado derivado da deslocação patrimonial. Só este saldo reflectirá aquela utilidade.”

obrigado a restituir o montante equivalente ao *enriquecimento real*.¹¹⁸ Em outras palavras, de acordo com o entendimento do autor, ao qual adere este trabalho, o objeto da restituição é o *enriquecimento real*, funcionando o *enriquecimento patrimonial* como um mero limite à obrigação de restituir, caso o enriquecido esteja de boa-fé.

Esse entendimento é parcialmente compartilhado por FERNANDO DE NORONHA¹¹⁹, que faz a diferenciação entre o enriquecimento de boa-fé, quando o beneficiado legitimamente ignora que não tem direito ao acréscimo patrimonial, e o enriquecimento ilícito, que se observa quando o enriquecido sabe ou deveria saber que está cometendo um ato ilícito. A boa-fé em causa é a objetiva, a boa-fé como regra de conduta. O autor assevera que se o enriquecimento foi obtido de boa-fé, a obrigação do beneficiário restringe-se ao valor que ainda integre seu patrimônio. Para hipótese de má-fé ou ilicitude entende presente a obrigação de responder por perdas e danos, porque se gera uma obrigação de responsabilidade civil. Com este último aspecto não se pode concordar, especialmente porque a pretensão de restituição vai dirigida, em primeira linha, à restituição do que foi obtido sem causa e não à reparação de danos, que é função da responsabilidade civil.

¹¹⁸ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 105-6, “Mas as dificuldades terminológicas e conceituais não se esgotam aqui; a principal fonte de confusão bem pode radicar, afinal, no emprego da palavra ‘enriquecimento’ – é que, como veremos, um importante sector da doutrina sustenta que o que está aqui primordialmente em jogo é a restituição do que se obteve sem justificação e, só quando a restituição *in natura* não é possível, é que se impõe a restituição por equivalente e surge a questão do enriquecimento. Esta questão só se colocaria, aliás, quando a pessoa sobre a qual impende o dever de restituir está de boa fé. Haveria pois que distinguir cuidadosamente o ‘obtido’, por um lado, e o enriquecimento, por outro. Segundo esta perspectiva, a dimensão do enriquecimento (pelo menos daquilo que geralmente se conhece por enriquecimento patrimonial) só seria relevante para limitar a responsabilidade da pessoa de boa fé obrigada a restituir por equivalente – tratar-se-ia apenas de evitar que o dever de restituir se traduzisse num dano para essa pessoa. Se, pelo contrário, a pessoa obrigada a restituir agiu de má fé, a questão do seu eventual enriquecimento e da sobrevivência deste não assume qualquer importância: tal pessoa acha-se obrigada a restituir o obtido ou, se essa restituição natural não for possível, o seu valor, mesmo que não se tenha enriquecido (ou já não esteja enriquecida).”

¹¹⁹ Fernando de Noronha, Enriquecimento sem causa, in *Revista de Direito Civil Imobiliário, Agrário e Empresarial*, Vol 56, p. 61-62.

I.4.1.2 Distinções Entre Enriquecimento Sem Causa e Responsabilidade Civil

As relações entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil são muito estreitas porque ambos constituem técnicas de restauração de um equilíbrio patrimonial perturbado, são processos por meio dos quais a ordem jurídica busca dar uma resposta às necessidades de corrigir a distribuição de riqueza segundo as exigências de justiça.¹²⁰

Todavia, faz-se necessário esclarecer que o fato de os dois institutos compartilharem esta função genérica de redistribuição da riqueza induz a uma tendência de que ambos sejam tratados nos esquemas da responsabilidade civil, que é tradicionalmente mais conhecida e utilizada como forma de resolução de conflitos.¹²¹ Mas existem entre ambos profundas diferenças que revelam que a função de cada um deles é distinta.

A diferença essencial entre eles é que a responsabilidade civil tem por fim *remover um dano* e o enriquecimento sem causa objetiva *remover um enriquecimento*.

Na responsabilidade civil a lei determina que a perda ou diminuição verificada em um patrimônio seja transferida para o patrimônio daquele que foi responsável pelo dano por ter cometido um ato ilícito ou por ter assumido os seus riscos. O eventual enriquecimento do lesante é indiferente à lei, e a remoção deste enriquecimento será ocasional. O que a responsabilidade civil preconiza é que se

¹²⁰ Francisco Manuel Pereira Coelho, *O enriquecimento e o dano*, p. 20.

¹²¹ Até na terminologia utilizada pela legislação pode-se observar este atrelamento do enriquecimento sem causa à responsabilidade civil. O artigo 886 do novo Código Civil, ao consagrar a subsidiariedade da ação de enriquecimento serve-se dos termos 'lesado' e 'prejuízo' que são jargões da responsabilidade civil erroneamente aplicados ao enriquecimento sem causa, onde se restitui o 'enriquecimento' verificado e onde o titular da pretensão não foi necessariamente lesado ou empobrecido.

restitua o lesado à mesma situação em que estaria se não fosse a ação do lesante, sem se importar com as eventuais vantagens que este último tenha obtido por meio dessa ação. A remoção do enriquecimento é indireta – resulta “por tabela” da remoção do dano.¹²²

Ao contrário, o enriquecimento sem causa cuida de remover o enriquecimento verificado. A lei determina a restituição de uma vantagem ou aumento injustificado de um patrimônio, sem se preocupar com a eventual perda ou diminuição noutro, sendo que este ‘empobrecimento’ não é essencial à constituição da obrigação de restituir. O dano do empobrecido é em princípio indiferente à lei e pode nem ter ocorrido; em todo caso, a remoção deste prejuízo é indireta – resulta ‘por tabela’ da remoção do enriquecimento.¹²³ O enriquecimento sem causa não supõe a identidade exata entre o perdido por um e o obtido por outro.¹²⁴

Além disso, o ressarcimento do dano na responsabilidade civil e a restituição do obtido no enriquecimento sem causa assentam-se em bases distintas. A responsabilidade civil supõe, em regra, um comportamento ilícito e até culposos por parte do agente obrigado a restituir. Existe a garantia de que ele não terá de suportar o prejuízo se estiverem ausentes sua culpa ou ilicitude do ato. No enriquecimento sem causa a conduta do enriquecido não tem tanta relevância, já que a obrigação de restituir o enriquecimento pode derivar até de um ato jurídico que não seja consequência da conduta humana. Neste instituto o papel da culpabilidade

¹²² Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 21-22.

¹²³ Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 22-23.

¹²⁴ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 224, leciona que: “Se, contudo, não houver o cuidado de precisar que a deslocação patrimonial não supõe a identidade exacta entre o perdido por um e o obtido pelo outro, e muito menos requer que se trate de uma coisa corpórea que se desloca fisicamente de um patrimônio para outro, ou se não tiver plena consciência de que o famoso empobrecimento não corresponde ao conceito de dano em sede de responsabilidade civil, mas é porventura, muito mais amplo, corre-se o risco de atrofiar consideravelmente o enriquecimento sem causa e **de o converter num “parente pobre”, numa caricatura ou imitação da responsabilidade civil.**” (sem grifos no original)

é bem mais restrito, servindo apenas para garantir que o enriquecido de boa-fé não tenha de restituir mais do que o enriquecimento patrimonial subsistente.

Essas importantes diferenças não afastam a estreita relação entre responsabilidade civil e enriquecimento sem causa porque, como bem apontou CANARIS, ambos embutem a finalidade de garantir uma tutela complementar à responsabilidade delitual. A obrigação de restituir é desencadeada fundamentalmente pela usurpação da mesma ordem de direitos que geram a obrigação de reparar danos resultante da responsabilidade civil.¹²⁵ Além disso, a ofensa a um mesmo direito, decorrente de um só comportamento, pode simultaneamente implicar reparação de danos e restituição de enriquecimento. Sem falar na figura limítrofe entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil que é a *restituição do lucro resultante de uma intromissão na esfera jurídica alheia*, aspecto a ser examinado oportunamente.

I.4.1.3 A Poupança de Despesas Como Enriquecimento

É inegável a dificuldade prática que se apresenta, em certas hipóteses, para averiguar-se se ocorreu ou não um enriquecimento, e em caso positivo, se a este falta causa e se foi obtido a custa de outrem.

Tome-se, por exemplo, o caso de alguém que consuma bebidas pertencentes a outrem. O *enriquecimento real* corresponderá ao valor de mercado das bebidas; já para apurar o *enriquecimento patrimonial* seria necessário investigar qual efeito ou influência teve sobre o patrimônio do enriquecido, o que é altamente aleatório, contingente. Depende da apuração da diferença entre duas grandezas: a situação

¹²⁵ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 228.

real do patrimônio do enriquecido depois de aderida a vantagem e a situação hipotética se não tivesse consumido a bebida. Talvez não tivesse consumido bebidas ou consumido outro gênero de bebida e assim poupado o valor de aquisição.

Essa situação corresponde a uma das hipóteses que merece atenção: são as situações de utilização, consumo e fruição de uma coisa ou direito alheio sem a autorização do seu titular.¹²⁶

A hipótese de prestação de um serviço que não foi contratualmente solicitado¹²⁷ também enseja diversos questionamentos. Qual o escopo ou função que se tem em mente: a restituição de um enriquecimento sem causa? A compensação de um serviço, no sentido de reparação de um dano? Ou o sancionar uma conduta?¹²⁸ Analise-se o caso paradigmático do viajante clandestino, ou seja, aquele que embarca em um avião, navio, trem, ônibus ou metrô sem haver adquirido o respectivo bilhete e realiza a viagem. Ele poderia tentar eximir-se de qualquer obrigação alegando que a viagem não representou uma vantagem patrimonial ou que não consistiu em poupança de despesas porque nunca a teria realizado se tivesse que pagar ou ainda que a viagem não representou qualquer prejuízo ao transportador porque o veículo tinha lugares vagos e o percurso seria realizado de qualquer forma. Mas a doutrina tende a repudiar todas estas argumentações e é assente em considerar que o passageiro clandestino deve restituir o valor do serviço que recebeu.

¹²⁶ Nessas situações a preocupação maior do ordenamento jurídico parece ser, não a de desfazer um deslocamento patrimonial e fazer regressar a um patrimônio um valor que dele saiu, mas a de sancionar a atuação de um *free rider*, assegurando a necessidade de obter a autorização contratual do titular do direito utilizado por terceiro.

¹²⁷ Pense-se nas hipóteses de serviços realizados na expectativa de um contrato que acaba por não se materializar, realizados no âmbito de um contrato inválido, de um contrato que vem a morrer por frustração, de um contrato que é apenas parcialmente cumprido e no caso de benfeitorias.

¹²⁸ Júlio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 285.

Note-se que saber se a prestação de um serviço que não foi contratualmente solicitado ou a utilização não autorizada de coisa ou direito alheio gera um enriquecimento ao beneficiado é um tema bastante controverso, beirando tanto os limites da proteção da liberdade contratual (*a liberdade de contratar ou não contratar*) quanto os limites da responsabilidade civil (*indenização pelos danos materiais, pela aplicação da força de trabalho ou pelo dispêndio de energias*).¹²⁹ Há que ponderar se a ordem jurídica está reagindo para sancionar alguém que obteve uma vantagem que não lhe competiria ou se está preocupada com a perda daquele à custa de quem o enriquecimento se verificou.¹³⁰

Essas duas hipóteses relatadas conduzem à temática que considera poupança de despesas como enriquecimento. A tendência doutrinária atual é a de rejeitar que o enriquecimento auferido mediante a poupança de despesas possa ser considerado como o que foi primariamente obtido e como tal deva ser restituído. Observe-se, aliás, que a própria poupança já é um reflexo de uma vantagem anterior. Assim, na hipótese de uma prestação de serviços, o destinatário da mesma obteria a própria prestação e nos casos de utilização ou consumo de coisa alheia

¹²⁹ Muito pertinente é a observação de Walter Wilburg, *Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechtes*, AcP163, 1963, p.346 *apud* Mário Júlio De Almeida Costa, *op. cit.*, p. 303: “Demonstra-se, assim, a inteira justeza das palavras de WILBURG quando este autor afirmou ter-se o Direito das Obrigações desenvolvido através da cuidadosa construção de algumas categorias, que são o resultado de uma técnica jurídica muito evoluída, mas apresentar todo o edifício lacunas ou fendas que soa o sintoma de um excessivo isolamento na fundamentação e conformação de cada uma dessas categorias. Precisamente nas hipóteses de utilização de coisa alheia, ou de recepção de prestação alheias, estar-se-ia perante situações em que se coloca, com acuidade, o problema de preencher lacunas existentes entre o contrato, a responsabilidade civil, o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios.”

¹³⁰ Nesse momento, a título de exemplificação, é importante aludir às ponderações de Antonio Pinto Monteiro, *Contrato de Agência*, p. 103, ao comentar a chamada “indenização de clientela” prevista na legislação portuguesa pelo artigo 33 do DL 178/86. A referida “indenização” é em verdade uma compensação devida ao agente, depois de terminado o contrato, em face dos benefícios que o principal continua a auferir com a clientela angariada pelo agente. A figura está próxima de uma indenização pelo enriquecimento sem causa, porque não se pode apontar um dano efetivo do agente e o contrato de agência não é considerado causa suficiente para justificar o enriquecimento do principal. O aludido autor pondera que “é como que uma compensação pela ‘mais-valia’ que este lhe proporciona, graças à actividade por si desenvolvida (...) pese embora o seu nome não se trata, em rigor de uma verdadeira indemnização, até porque não está dependente de prova, pelo agente, de danos sofridos (se bem que trata-se, pois, de uma medida mais próxima do *enriquecimento sem causa* do que da responsabilidade civil).”

obteria as vantagens decorrentes deste uso ou consumo. Estas vantagens incorpóreas, todavia, não poderiam ser restituídas *in natura*, mas mediante seu equivalente econômico.

Nesse momento é fundamental observar se o enriquecido agiu de boa-fé ou de má-fé. Quando de boa-fé a restituição devida limita-se ao enriquecimento patrimonial (no sentido da teoria da diferença) porque é injusto atribuir ao beneficiado de boa-fé a obrigação de restituir uma importância superior à vantagem por ele obtida. Nos demais casos o beneficiado não pode alegar que o seu enriquecimento patrimonial foi menor ou inexistente para tentar eximir-se à obrigação de restituir o valor objetivo da vantagem recebida, ou seja, o enriquecimento real. Nessas hipóteses em que o enriquecido age de má-fé, ele se autovincula em virtude da sua própria decisão de interferir na esfera jurídica alheia, representando um *venire contra factum proprium*¹³¹ a invocação de que não obteve um enriquecimento patrimonial.¹³²

¹³¹ Na definição de José Francisco Ferreira Muniz, *O princípio geral da boa-fé como regra de comportamento contratual* in *Textos de Direito Civil*, p. 41, “A locução *venire contra factum proprium* traduz o exercício de um direito em contradição com o comportamento assumido anteriormente pelo titular.”

¹³² A hipotética poupança de despesas não pode ser considerada uma forma de enriquecimento porque é o reflexo da utilização da coisa ou serviço alheio. Júlio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 231, observa que “Quem, como nós, sustenta que o objecto da restituição é o enriquecimento real, funcionando o enriquecimento patrimonial como um mero limite à obrigação de restituir, caso o enriquecido esteja de boa fé, deve recusar que a poupança de despesas constitua, em primeira linha, um enriquecimento (real). A poupança de despesas é, antes, ela própria, o reflexo, a consequência do que se obteve injustificadamente e releva apenas quando se indaga daquele limite representado pelo enriquecimento patrimonial.”

I.4.2 AUSÊNCIA DE CAUSA

A inexistência, falta ou ausência de causa é na expressão de MOITINHO DE ALMEIDA, a viga-mestra¹³³ do enriquecimento sem causa. Este é, em verdade, o elemento mais propriamente caracterizador do enriquecimento sem causa.

Ao mesmo tempo é o elemento mais tormentoso. O problema básico que se coloca consiste em decifrar o que deve se entender pela expressão causa¹³⁴. Este termo já foi tão profusamente utilizado com sentidos imprecisos e diversificados que o seu manuseio gera certa insegurança.

A dificuldade na conceituação do que se entende juridicamente por 'causa' tem sua origem na confusão que por vezes é feita entre a causa do enriquecimento e a, por sua vez confusa, teoria da causa como elemento do contrato (artigo 1.108 do Código Civil francês, tendo influenciado a redação do artigo 90 do Código Civil brasileiro de 1916).

Não é objeto do presente trabalho a discussão acerca da subsistência da causa como um elemento integrante do negócio jurídico e a polêmica entre causalistas e anticausalistas. O que passará a ser focado é a causa como 'causa da atribuição patrimonial'¹³⁵, pois é neste sentido que sua ausência é elemento indispensável à caracterização do enriquecimento sem causa.¹³⁶

¹³³ L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimento sem causa*, p. 66.

¹³⁴ Segundo Manuel de la Cámara Alvarez, Enriquecimiento Injusto y sin causa, in *Dos Estudios Sobre el Enriquecimiento sin Causa*, p. 161, "Es claro que el problema básico que plante ala delimitación exacta del concepto consiste en descifrar lo que há de entenderse por la expresión 'causa', puesto que si se trata de un enriquecimiento fundado en una justacausa no procederá la acción consiguiente y sucedrá lo contratio si el desplazamiento tiene lugar sin causa. Hemos de habérnoslas, pues, **con este escurridizo concepto que tanta tinta há hecho correr y en el que casi todos los civilistas con vocación de escritores jurídicos hemos puesto nuestras pecadoras manos.**" (sem grifos no original)

¹³⁵ Orlando Gomes, *Obrigações*, p. 295 leciona que "Indispensável, afinal, que o *enriquecimento* se dê sem uma *causa* que o justifique, quer porque falte, quer porque seja reprovada pelo Direito. Este último requisito não é de caracterização fácil, em virtude da confusa sinonímia da

Note-se que não se deve identificar a ‘causa da atribuição patrimonial’ com a causa do contrato. Essa tendência é reflexo da corrente doutrinária já ultrapassada que radicava a convicção de que a vontade privada expressa no contrato era a única fonte normativamente reconhecida de circulação de bens e transferência de riquezas. O enriquecimento sem causa é prova cabal de que são plenamente admissíveis transferências patrimoniais fora dos quadros contratuais e, portanto, não se pode confundir causa do contrato com causa da atribuição patrimonial.¹³⁷

A causa da atribuição patrimonial é entendida como o motivo jurídico, a justificação do aporte de um bem a um determinado patrimônio. Esta justificação pode ser um negócio jurídico (e.g., o contrato válido, a sucessão, a doação), um dispositivo legal (e.g. a prescrição, o usucapião), um costume ou uma decisão

palavra *causa*. Não possui, no particular, o significado que tem como um dos requisitos dos contratos, mas sentido próprio, restrito, que melhor se define acrescentando-lhe a qualificação própria, como fazem os alemães. Trata-se, com efeito, de *causa da atribuição patrimonial*. Para se saber se houve enriquecimento sem causa, indagará o intérprete se a vantagem patrimonial obtida é atribuída por uma razão justa, por um título legítimo, por um motivo lícito.”

¹³⁶ Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, p. 256, cita Torquato Castro para diferenciar a causa do negócio jurídico da causa da atribuição patrimonial, a qual seria campo de atuação do enriquecimento sem causa: “Há que não confundir, por outro lado, a causa do negócio jurídico, com a causa remota do negócio, também chamada causa da atribuição patrimonial. Essa causa é a razão jurídica pela qual se cumpre determinada prestação, em virtude de obrigação anteriormente assumida. Exemplo: A paga a B determinada soma, em cumprimento de obrigação preexistente; ou A entrega a B determinado bem, em cumprimento de um legado instituído por C. Comprova-se, porém, depois, ser inexistente a obrigação que deu causa a estas atribuições patrimoniais, ou seja, que o crédito não existia, ou que o testamento é nulo. Opera-se, então, o enriquecimento sem causa, e o benefício alcançado (de qualquer natureza) não tem justificativa jurídica, isto é, não está em conformidade com os fins do direito. Aquele, pois, que se locupleta à custa alheia, tem a obrigação de restituir o que recebeu sem causa, restabelecendo o equilíbrio dos patrimônios.”

¹³⁷ Esse é o tema de um acurado trabalho de Pietro Barcellona intitulado ‘*Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell’attribuzione*’. Às páginas 14-16, o autor esclarece que: “*Secondo la più accreditata e diffusa opinione, la giustificazione giuridica dell’attribuzione sarebbe, sempre e soltanto la sussistenza di un valido atto negoziale o amministrativo (o, eccezionalmente, la legge).*(...) *Ma la ragione di fondo di questo atteggiamento va ricercata probabilmente nella radicata convinzione che la volontà privata è, di regola, la fonte, normativamente riconosciuta, degli spostamenti di ricchezza e dalla circolazione dei beni in genere. Un controllo funzionale, indipendente dalla fattispecie nella quale si è espressa validamente la cennata volontà, sembrerebbe urtare – secondo questa tesi – col riconoscimento dell’autonomia e della libertà privata. (...) La disciplina dell’indebito e dell’arricchimento senza ‘giusta causa’ sono, da questo punto di vista, le normative che più di ogni altra sollecitano stimolanti considerazioni e prospettano singolari conclusioni.*”

judicial¹³⁸. Assim, a causa é, em última análise, um fato que, à luz dos princípios aceitos no sistema, legitima o enriquecimento¹³⁹. Nas palavras do jurista alemão Larenz, “o enriquecimento é destituído de causa quando, segundo a ordenação jurídica dos bens, ele cabe a outrem.”¹⁴⁰

A justificativa das atribuições patrimoniais é a existência de um título válido e legitimador das mesmas, ou seja, a existência de um fato jurídico, de um comportamento, de uma vontade translativa válida ou de uma norma jurídica que imponha esta transmissão.¹⁴¹ Um enriquecimento não tem causa quando a vantagem em que consiste foi desfrutada por pessoa diversa daquela à qual o direito atribuía esta vantagem.

Para que surja a obrigação de restituir é necessário que o enriquecimento verificado careça de causa justificativa, ou porque nunca tenha tido ou porque, tendo-a inicialmente, num segundo momento a tenha perdido.

ANTUNES VARELA¹⁴² distingue três categorias de ausência de causa, de acordo com a natureza jurídica do ato ou fato que serve de fonte ao enriquecimento:

¹³⁸ L.P. Moitinho de Almeida, *op. cit.*, p. 76, cita uma decisão da Relação do Porto, datada de 7-6-84, e publicada na Coleção Jurídica, 1984, t.3, p.279, em que se reconhece que uma condenação judicial é causa suficiente a justificar um enriquecimento: “Não pode, em princípio, o autor pedir a restituição do que pagou por virtude de condenação judicial, baseando-se em enriquecimento sem causa, já que o invocado enriquecimento deriva do caso julgado, sendo, assim justificado pelo ordenamento jurídico.”

¹³⁹ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, p. 474, leciona que: “Quando o enriquecimento criado está de harmonia com a ordenação jurídica dos bens aceita pelo sistema, pode asseverar-se que a deslocação patrimonial tem causa justificativa; se, pelo contrário, por força dessa ordenação positiva, ele houver de pertencer a outrem, o enriquecimento carece de causa.

¹⁴⁰ Karl Larenz, *Derecho de Obligaciones*, Vol II., p. 475.

¹⁴¹ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 102, assim se expressa: “*El Derecho, en la regulación de la adquisición y circulación de los bienes, atribuye a las personas – bien en su función de tutela a la autonomía de la voluntad a través de una figura necocial concreta; bien en función de su positivación de normas de justicia, prudência o seguridad –, la titularidad de bienes y el disfrute de las ventajas que se derivan de dicha titularidad.*”

¹⁴² João de Matos Antunes Varela, *Direito das Obrigações*, Vol. I, p. 470-5

- a) *Causa da prestação* – Quando se cumpre uma obrigação inexistente ou anteriormente satisfeita, diz-se que a prestação carece de causa. A causa do enriquecimento é a relação jurídica que a prestação visa satisfazer. Exemplo: o pagamento indevido.
- b) *Causa da obrigação negocial* – As obrigações também têm sua causa, o seu fundamento, que é o fim típico dos negócios em que se integram. Frustrado este objetivo, as obrigações resultantes do negócio ficam sem causa. Os fins típicos dos negócios jurídicos integram o seu conteúdo e os vícios inerentes geram a nulidade ou a resolução de todo negócio. Mas em situações em que o vício decorre de fato posterior à conclusão do negócio ou em casos de negócios abstratos é necessário recorrer à restituição por enriquecimento sem causa. Exemplo: Contratos frustrados e negócios abstratos.
- c) *Causa das restantes deslocações patrimoniais* – Existem hipóteses em que o enriquecimento decorre de um ato de intromissão do enriquecido em direitos ou bens jurídicos alheios ou ainda de fatos jurídicos alheios à vontade do enriquecido ou do titular do patrimônio. Nestes casos é preciso recorrer à lei para fixar a correta ordenação dos bens à luz do direito vigente e definir se o enriquecimento é ou não passível de restituição. Quando o enriquecimento criado está em harmonia com o sistema jurídico, considera-se que a deslocação patrimonial tem causa justificativa. Se, ao contrário, o ordenamento jurídico considera que a tal deslocação deveria pertencer a outrem, o enriquecimento carece de causa. Exemplo: Acessões, Usucapião, Prescrição.

Adverta-se, desde logo, que a presença ou ausência de uma causa ou justificativa para um determinado enriquecimento é uma questão cuja solução não se encontra no âmbito do enriquecimento sem causa. Há que se considerar o

ordenamento como um todo sistemático e há que se buscar as soluções em outra seara deste ordenamento.¹⁴³

Em países como a Alemanha, que adotam o sistema abstrato de transmissão da propriedade, o alcance do enriquecimento sem causa é sobremaneira ampliado, porque ele é o remédio idôneo para solucionar as situações injustas que podem derivar dessas atribuições patrimoniais abstratas.

Já num sistema causal como o francês, em que a atribuição patrimonial está intimamente relacionada à sua causa, o âmbito de aplicação do enriquecimento sem causa é mais restrito. Não se verifica a possibilidade da restituição do obtido nos quadros do enriquecimento sem causa quando o deslocamento patrimonial tiver sua origem em um contrato nulo, anulável, rescindível, revogável ou resolúvel. Nestas hipóteses a reversão das vantagens ao patrimônio originário opera-se dentro da disciplina da nulidade ou ineficácia do negócio jurídico, pois seria absurdo conceber que um contrato reputado ineficaz pelo ordenamento pudesse produzir efeitos de transmissão patrimonial passível de restituição.

Por fim resta uma ponderação a tecer. Adota-se uma explicação para a *causa* que não é totalmente esclarecedora: a *causa* é entendida como justificativa para conservar e reter o obtido desde que *reconhecida como tal pela ordem jurídica*.

Trata-se de um raciocinar que explica o direito pelo direito e como tal deve ser, no mínimo, questionado.¹⁴⁴ A concepção adotada para causa da atribuição patrimonial remete à célebre história do Barão de Münchhausen, divertidamente resgatada por MICHAEL LÖWY, em que o herói picaresco consegue, por meio de

¹⁴³ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 469-70.

¹⁴⁴ Ricardo Marcelo Fonseca, *Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico* in *Revista Seqüência*, n. 30, 1995, p. 100-107.

um golpe genial, escapar ao pântano onde ele e seu cavalo estavam submergindo, ao puxar a si mesmo pelos próprios cabelos.¹⁴⁵

Além disso, a remissão à causa revela a inegável tentativa de cientificização do direito, que é por excelência uma ciência humanística. Esta estratégia é frágil e sucumbe a uma análise um pouco mais acurada até porque até mesmo na biologia e na física a causalidade vem sendo questionada.¹⁴⁶ Nem tudo, ou quase nada pode ser explicado por uma relação de causalidade estática. Há que se considerar toda a dinâmica que envolve os acontecimentos e que estes participam de processos dialéticos e diacrônicos.

A questão do conceito de causa da atribuição patrimonial continua sem resposta definitiva. Mas o caminho para o conhecimento-emancipatório é calçado por perguntas sem respostas. Aliás, a intenção nunca foi a de dar uma definição lapidar de 'causa'. Uma tentativa desse gênero seria inapta em face do alcance e da riqueza reais da noção. A natureza juscultural da causa conduz à sua aceitação como criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos.

Muito mais que uma abordagem científica, o tema precisa de um engajamento com a realidade para demonstrar sua vocação para explicitar a justificativa de quaisquer transferências patrimoniais, ainda que não estejam legalmente previstas.

¹⁴⁵ Michael Löwy, *As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen*, p. 32.

¹⁴⁶ Boaventura de Sousa do Santos, *op. cit.*, p. 72, afirma que: "Hoje a relativização do conceito de causa parte sobretudo do reconhecimento de que o lugar central que ele tem ocupado na ciência moderna se explica menos por razões ontológicas ou metodológicas do que por razões pragmáticas. O conceito de causalidade adequa-se bem a uma ciência que visa intervir no real e que mede o seu êxito pelo âmbito dessa intervenção. Afinal, causa é tudo aquilo sobre que se pode agir. Mesmo os defensores da causalidade, como Mario Bunge (1979), reconhecem que ela é apenas uma das formas do determinismo e que, por isso, tem um lugar limitado, ainda que insubstituível, no conhecimento científico. A verdade é que, sob a égide da biologia e também da microfísica, o causalismo, enquanto categoria de inteligibilidade do real, tem vindo a perder terreno em favor do finalismo."

O papel mais importante da causa é um papel didático-sistemático: a causa como razão justificativa da operação econômica é um elemento lógico-estrutural da veste jurídica de que a operação é revestida. Essa serve para explicar a razão do vínculo e tantas outras coisas.¹⁴⁷ PIETRO BARCELLONA alerta para o fato de que a função econômica é a justificação da idoneidade reconhecida ao fato de produzir consequências jurídicas. Em verdade, se juridicamente a “ausência de causa” do enriquecimento tem o condão de revertê-lo, é de reconhecer que a justificação teleológica ou econômica é um requisito da atribuição jurídica.¹⁴⁸

¹⁴⁷ Guido Alpa, *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, p. 281.

¹⁴⁸ Nas palavras de Pietro Barcelona, *Note critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione*, p. 24-5: “All’opinione, così sommariamente esposta, sembra però possibile osservare che il riflesso economico dello spostamento giuridico non costituisce un fenomeno collaterale e distinto dal primo; al contrario, sembra più esatto considerarlo come un semplice profilo di un unico fenomeno, dal quale non è possibile sganciarlo. Profilo economico e profilo giuridico sono, a ben considerare, così strettamente collegati, che la considerazione dell’uno è necessariamente in funzione dell’altro. Per convincersene, basterebbe notare che secondo una opinione sempre più diffusa, la rilevanza giuridica di un fatto – e quindi la sua efficacia – è tendenzialmente adeguata allà realtà economico-sociale. L’effetto giuridico è, cioè, l’equivalente di una situazione economica, che è meritevole di tutela appunto perché tale anche socialmente.”

I.4.3 OBTENÇÃO À CUSTA DE OUTREM

A caracterização do enriquecimento sem causa também exige a presença de um terceiro elemento: é preciso que tenha sido obtido à custa ou às expensas do interessado em receber a restituição.¹⁴⁹

É exigida uma correlação entre dois sujeitos, pois a vantagem patrimonial alcançada por um deles deve resultar do sacrifício econômico suportado pelo outro. Nem sempre a vantagem e o prejuízo são causa e efeito um do outro. É possível que ambos sejam efeitos da mesma circunstância fortuita ou acidental (condições de tempo, alteração de preços de um produto, abertura de uma nova estrada, instalação de serviços públicos ou casas de espetáculo).¹⁵⁰

Nem sempre o enriquecimento obtido é equivalente ao empobrecimento correlativo do patrimônio lesado. Não é necessário que haja a saída de um valor do patrimônio do dono da coisa para entrar naquele do enriquecido. O uso ou a fruição de coisa alheia são exemplos de situações em que não há prejuízo correspondente

¹⁴⁹ Alguns autores como Moitinho de Almeida, *Enriquecimento sem causa*, p. 62-66 ou Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, p. 250-54, mencionam o nexo de causalidade entre o e enriquecimento e o empobrecimento como requisito para a caracterização do enriquecimento sem causa, sem contudo oferecer uma precisa definição do nexo de causalidade, até porque em certas hipóteses não se constata a ocorrência de um empobrecimento. Por isso preferimos aderir à posição de José Antonio Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 93, que refuta o nexo de causalidade entre enriquecimento e empobrecimento como requisito do enriquecimento sem causa, asseverando que, como a dinâmica do enriquecimento sem causa não inclui qualquer idéia de culpa, não há que se falar em nexo causal. Esta exigência seria um resquício das analogias entre enriquecimento sem causa e responsabilidade civil: “*A mi juicio establecer el ‘nexo de causalidad’ como un requisito de la acción de enriquecimiento sin causa se explica por la cercanía que en sus orígenes tuvo esta acción con la acción de indemnización de los daños e perjuicios. Sin embargo hoy en día parece configurarse más como una acción calificadora de la justicia de las ventajas que como reparatoria de un daño (empobrecimiento), y por ello aparece con una clara autonomía dogmática. El nexo de causalidad no parece tender sentido, pues la acción de enriquecimiento sin causa se independiza de cualquier idea de culpa.*”

¹⁵⁰ João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 476.

à vantagem obtida por um dos sujeitos, existe apenas a privação de um aumento deste.

Mas ainda se pode ir mais longe. Quando a vantagem foi obtida por uma atitude que o titular do bem não estava disposto a tomar para usar ou fruir da coisa nos termos em que fez o enriquecido. Tome-se, por exemplo, aquele indivíduo que ocupa um imóvel vazio, que o proprietário não estava disposto a locar ou aquele outro indivíduo que utiliza o veículo de um amigo para participar de uma corrida e acaba ganhando um vultuoso prêmio. A vantagem patrimonial nestes casos foi obtida à custa de outrem por ter sido obtida com meios ou instrumentos pertencentes a outrem.

A literatura alemã resolve a questão sob o manto da doutrina da destinação ou afetação dos direitos absolutos. Esta doutrina determina que nestas hipóteses o lucro proveniente reverta para o dono da coisa porque a titularidade dos direitos reserva a seu dono o aproveitamento econômico dos bens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação, mesmo que este lucro derive de atos que os titulares dos direitos ou os donos das coisas não realizariam.¹⁵¹

¹⁵¹ Para João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 479-80, “Segundo esta doutrina, os direitos reais, bem como a propriedade intelectual (direito de autor e propriedade industrial), não constituem *simples direitos de exclusão*, assentes sobre o dever geral de não ingerência (de terceiros) na ligação do titular com a *res*, a obra, patente, invento, etc. Mais do que isso, os direitos reais e direitos absolutos afins *reservam* para o respectivo titular o aproveitamento econômico dos bens correspondentes, expresso nas vantagens provenientes do seu uso, fruição, consumo ou alienação. Tudo quanto estes bens sejam capazes de render ou produzir pertence, em princípio, de acordo com o conteúdo da destinação ou afetação (*Zuweisungsgehalt*) de tais direitos, ao respectivo titular. A pessoa que, intrometendo-se nos bens jurídicos alheios, consegue uma vantagem patrimonial, obtém-na *à custa* do titular do respectivo direito, mesmo que este não estivesse disposto a realizar os actos donde a vantagem procede. A aquisição feita pelo intrometido *carece de causa* porque, segundo a tal correcta ordenação jurídica dos bens, *a vantagem patrimonial alcançada pelo enriquecido pertence a outra pessoa – ao titular do direito*. Trata-se de uma vantagem que estava reservada ao titular do direito segundo o conteúdo da destinação deste direito.”

I.4.4 REQUISITOS REDUCIONISTAS

Conforme anteriormente referido, o enriquecimento sem causa não foi acolhido como parte integrante do sistema jurídico lógico-dedutivo traçado pelo Código napoleônico e reproduzido nos demais ordenamentos oitocentistas latinos.

Não obstante o silêncio legal, o enriquecimento sem causa não deixou a cena jurídica. Ocorre que sua utilização como forma de solução de conflitos pela jurisprudência era quase clandestina, já que ele não fora consagrado pelos sistemas traçados pelos códigos, reputados peças com rigor científico apto a cristalizar todo o arcabouço jurídico.

Esse caráter de informalidade que revestiu o ingresso do enriquecimento sem causa em sistemas jurídicos marcadamente positivistas teve duas consequências nada salutares à sua compreensão e estudo. De um lado, ele foi encarado como uma espécie menor ou simétrica da responsabilidade civil; de outro lado, fez com que uma aura de desconfiança marcasse o enriquecimento sem causa sugerindo que um instituto tão fluido e plástico pudesse implicar um desvirtuamento da ordem jurídica vigente que, apesar de tê-lo excluído, pretendia-se plena, necessária e suficiente aos objetivos do direito como forma de resolução dos conflitos.

Nesse panorama foram forjados alguns requisitos para o enriquecimento sem causa que se revelam insustentáveis numa análise mais acurada. Constituem, em última análise, uma vã tentativa de reduzir o âmbito de aplicação do enriquecimento sem causa. Da visão que o compara à responsabilidade civil surgiu a exigência do empobrecimento e de ausência de culpa da pessoa à custa de quem o enriquecimento ocorreu. Do falso temor de que o enriquecimento sem causa se torne um fator potencialmente subversivo do direito positivo vigente originaram-se os

requisitos da subsidiariedade da ação de enriquecimento e da exigência de imediação.¹⁵²

Como se passará a demonstrar, esses requisitos reducionistas ou restritivos do enriquecimento sem causa não podem prevalecer, sob pena de mitigarem o seu âmbito de aplicação, sob o manto de falsas premissas.

I.4.4.1 O Empobrecimento

Alguns autores¹⁵³⁻¹⁵⁴ e muitas decisões judiciais¹⁵⁵ consideram que o dever de restituir o enriquecimento sem causa pressupõe um empobrecimento correlativo ao enriquecimento observado. Condiciona-se o funcionamento do enriquecimento

¹⁵² Júlio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 416 anota que se trata de um afloramento de uma desconfiança mais ampla em face da equidade, já que alguns autores consideram que a restituição fundada no enriquecimento sem causa assenta nesta última.

¹⁵³ Giovanni Ettore Nanni, *op. cit.*, p.245-49, cita autores como François Gore, Vittorio Frattarolo e Enneccerus-Lehmann para sustentar que “o empobrecimento não deve ser considerado como um requisito inútil a ser eliminado, mas ponderado conforme as circunstâncias específicas, quando, dependendo da situação, poderá ser dispensado para a configuração do enriquecimento sem causa.”

¹⁵⁴ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 384-87, refere-se a Marcel Planiol e Loubers como autores que vêem no empobrecimento um requisito indispensável à caracterização do enriquecimento sem causa. Este último defende que o enriquecimento sem causa seria um caso particular da responsabilidade civil fundada no lucro. Quem lucrasse com o dano sofrido por outrem teria a obrigação de reparar este dano perante a vítima.

¹⁵⁵ Rogério Lauria Tucci, *Exploração de jazida mineral – Contrato nulo – Propriedade do solo e da jazida – Ocupação do solo para fim de lavra – Participação do proprietário do solo nos resultados – Enriquecimento ilícito*, p. 299-300, emitiu parecer consagrando o entendimento que “deve corresponder, inafastavelmente, ao enriquecimento indevido de uma pessoa o empobrecimento injusto de outra.”

sem causa à existência de um empobrecimento. É a designada doutrina do duplo limite que tem ampla aceitação na França e na Itália.¹⁵⁶

As fórmulas *aux dépens d'autrui*, na França, e *a danno di un'altra persona*, na Itália, embutem em seu significado o fato de se exigir, além do enriquecimento, um dano em sentido patrimonial do empobrecido. Ou seja, uma diferença entre a situação atual de seu patrimônio e a situação em que esse mesmo patrimônio estaria se não tivesse ocorrido o enriquecimento que se busca restituir.

Essa exigência decorre, em primeiro lugar, da noção de que o objetivo último da restituição é repor um equilíbrio patrimonial preexistente. Ora, o rompimento deste equilíbrio pressuporia um empobrecimento simétrico ao enriquecimento verificado. Outro fator seria o condão que tem o empobrecimento para facilmente comprovar que a vantagem foi obtida à custa do credor da restituição, possibilitando a caracterização do enriquecimento sem causa.

Essa concepção acaba por transformar a restituição fundada no enriquecimento sem causa numa modalidade menor de responsabilidade civil, pois exige a presença de um empobrecimento como equivalente de um dano. Ocorre que dano e empobrecimento são realidades muito diversas. PIETRO TRIMARCHI inclusive utilizava a expressão 'dano no enriquecimento sem causa' ao invés de empobrecimento em contraposição ao dano verificado em sede de responsabilidade civil. Enquanto na ação de enriquecimento o dano considerado relevante seria equivalente ao valor do bem, do uso do bem, da prestação ou da atividade alheia, na

¹⁵⁶ Diogo José Paredes Leite De Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 457, traz ampla referência bibliográfica. Em Portugal, L. P. Moitinho De Almeida, *Enriquecimento sem causa*, p. 55, também adere à tese daqueles que elencam como requisito essencial ao exercício da ação *de in rem verso* o empobrecimento do autor, citando diversas decisões do Supremo Tribunal de Justiça português.

responsabilidade por ato ilícito ou por risco o dano equivaleria não ao valor da coisa ou prestação, mas ao interesse lesado avaliado em concreto.¹⁵⁷

Modernamente, a doutrina do duplo limite não vem merecendo acolhida porque acaba por reduzir o enriquecimento sem causa a uma forma mitigada de responsabilidade civil. A obrigação de restituir dá lugar a uma obrigação de indenizar. É de se rejeitar a doutrina porque a restituição derivada do enriquecimento sem causa visa remover o enriquecimento do patrimônio do beneficiado e não o dano do patrimônio do prejudicado.¹⁵⁸

A existência de um empobrecimento correlativo ao enriquecimento observado é muito freqüente nos quadros do enriquecimento sem causa e o empobrecimento serve como limitador do valor da restituição nos casos em que o enriquecido tenha agido de boa-fé. Assim, não há que se negar que o empobrecimento, ainda que não seja idêntico ao enriquecimento verificado em sua natureza ou montante, é uma realidade muito presente no âmbito do enriquecimento sem causa. Mas daí a alçá-lo a um requisito indispensável à caracterização do enriquecimento sem causa vai uma distância intransponível. Tudo que se requer é que o enriquecimento tenha sido obtido à custa de outrem, pela usurpação da competência alheia ou de um direito reservado a outrem, independentemente da presença de um prejuízo correspondente.¹⁵⁹

VIEIRA GOMES, ferrenho crítico do entendimento segundo o qual a restituição do enriquecimento sem causa está limitada pelo empobrecimento demonstrável de outrem, adverte que esta concepção embute em si a mensagem de

¹⁵⁷ Pietro Trimarchi, *L'arricchimento senza causa*, p. 46.

¹⁵⁸ Diogo Paredes Leite de Campos, *op. cit.*, p. 460.

¹⁵⁹ O Enunciado n. 35, aprovado na Jornada de Direito Civil promovida em setembro de 2002 pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, consagra este entendimento: "A expressão *se enriquecer à custa de outrem* do art. 884 do novo Código Civil não significa, necessariamente, que deverá haver empobrecimento."

que a ordem jurídica transmite é a de que compensa, vale a pena violar os direitos e utilizar os bens alheios sem o consentimento de seu titular. Segundo o autor, esta concepção seria informada por um carácter marcadamente utilitarista que incentivaria as pessoas ativas e dinâmicas a explorar os bens alheios para extrair dos mesmos o máximo de riquezas.¹⁶⁰

Assim, tanto por razões técnicas, que levam à absorção do enriquecimento sem causa pela responsabilidade civil, como por razões que informam uma pré-compreensão do direito que não é utilitarista, não se pode aderir ao posicionamento daqueles que exigem uma perda ou empobrecimento avaliável em dinheiro para configurar o enriquecimento sem causa.

I.4.4.2 Ausência de Culpa de Quem Exige a Restituição

Sob o prisma da equidade, soa correto sustentar que quem empobrece por sua própria culpa não merece pleitear uma restituição mesmo que se verifique o enriquecimento correlativo de outrem. Mas isso não autoriza erigir a ausência de culpa daquele à custa de quem o enriquecimento ocorreu como um requisito essencial à configuração do enriquecimento sem causa.

¹⁶⁰ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 406, é enfático: “Em todo o caso, e seja qual for o juízo final em sede de utilidade, esse não deve ser, quanto a nós, o elemento decisivo. Afigura-se-nos, aliás, que, em grande medida, a solução encontrada pelos nossos tribunais e que consiste em permitir a que, conscientemente, viola um direito alheio conservar o seu enriquecimento, desde que o outro não prove que também o poderia obter, repousa, ainda, na atitude presente no nosso inconsciente colectivo e que reflecte o nosso atraso económico ao nível europeu-ocidental: o que interessa é o progresso ‘custe o que custar’, proteger os ‘criadores de riqueza’, mesmo quando essa ‘riqueza’ é obtida à custa da violação de direitos alheios, ou com a produção de graves danos os quais nem sempre se traduzem na violação de um direito subjectivo individual (por exemplo, os danos ambientais para quem não adira à existência de um direito subjectivo ao meio ambiente).”

A culpa do empobrecido, entendida como a manifestação de vontade apta a engendrar o enriquecimento de outrem, não deve excluir automaticamente a sua pretensão restitutória. Em certas situações, a exigência de restituição pode revelar-se abusiva e configurar um genuíno *venire contra factum proprium*, por parte daquele que por vontade própria favoreceu o enriquecimento de outrem.

Todavia, para quem – tal como neste estudo – recusa a idéia de que o instituto do enriquecimento sem causa se reconduz à eqüidade, a culpa daquele que vem a exigir a restituição é um dado a mais na avaliação da pertinência ou não da restituição. Não se pode considerar a culpa do prejudicado como uma excludente automática do dever de restituição, até porque existem diversos graus e extensões da culpa, merecendo uma análise do caso concreto para avaliar até que ponto a conduta daquele que exige a restituição foi necessária e suficiente para engendrar todas as conseqüências observadas.

I.4.4.3 Subsidiariedade

A subsidiariedade da obrigação de enriquecimento sem causa, entendida como necessidade de esgotamento prévio de outros meios legais para a obtenção da restituição do enriquecimento, é um lugar comum nos sistemas latinos, mas não resiste a uma análise mais acurada.

LEITE DE CAMPOS elaborou um estudo aprofundado a respeito da subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa. Seu trabalho busca justificar a recepção deste requisito pelo ordenamento jurídico português. O autor reconhece, porém, que o surgimento do requisito da subsidiariedade não foi

precedido de uma análise e sistematização prévias, mas aconteceu por mera causalidade histórica.¹⁶¹

O requisito da subsidiariedade teve origem na França, como consequência da origem jurisprudencial do enriquecimento sem causa.¹⁶² Como se sabe, o Código Civil Francês não consagrava o enriquecimento sem causa. Esta lacuna legislativa foi suprida pelo paradigmático *arrêt Boudier*. Mas tal decisão foi muito genérica, pois não impunha quaisquer requisitos para a aplicação do enriquecimento sem causa. Como reação imediata a doutrina, especialmente por meio dos estudos de AUBRY E RAU, adotou a tese da subsidiariedade da ação de enriquecimento de maneira acrítica. Isto explica por que, em pleno auge da Escola da Exegese, não se poderia admitir que um instituto de origem jurisprudencial, portanto oriundo de uma fonte hierarquicamente inferior à lei, pudesse modificar institutos disciplinados pelo legislador.

Em verdade, a subsidiariedade exprime, nas palavras de VIEIRA GOMES, “muito da desconfiança existente face ao enriquecimento sem causa que se continua a configurar como um factor potencialmente subversivo do direito positivo vigente.”¹⁶³. LEITE DE CAMPOS sustenta que o requisito da subsidiariedade seria um meio de impedir a degradação do pensamento jurídico e um obstáculo à fraude indireta ao ordenamento. Sustenta que, como a restituição do enriquecimento sem causa é um meio técnico de eficácia superior porque ataca o resultado ou as

¹⁶¹ Diogo Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 220 : “A subsidiariedade parece ser, portanto, não o produto de uma reflexão cuidadosa sobre as necessidades do ordenamento jurídico confrontado com o princípio do enriquecimento sem causa, mas antes o resultado, de justificação ainda por realizar, da precipitação provocada por uma certa conjuntura histórica.”

¹⁶² Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 420, assim se expressou: “Para a gênese do dogma da subsidiariedade terá ainda contribuído, ao menos em França, um outro factor, de ordem histórica, que importa não menosprezar: referimo-nos à circunstância de, face ao silêncio do Code Civil, a jurisprudência ter sido responsável pela ‘(re)descoberta’ do enriquecimento sem causa. Criação ‘pretoriana’, este não logrou fugir a tal ‘pecado original’.”

¹⁶³ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 416.

conseqüências sem se ocupar com as circunstâncias que conduziram à sua realização, as partes tenderiam a servir-se da ação de enriquecimento em detrimento das outras normas que consagrassem institutos mais precisos e exigentes.¹⁶⁴ Isto configuraria fraude à lei, embora inconsciente. Conforme o autor, este perigo seria em grande parte eliminado se o concurso entre normas fosse resolvido, segundo os critérios da subsidiariedade, em desfavor do enriquecimento sem causa.

Quem parte do pressuposto de que a ação de enriquecimento é um afloramento do princípio do enriquecimento injusto, como parece ter procedido LEITE DE CAMPOS, tende a apoiar-se na subsidiariedade para justificar o alto grau de abstração que subjaz ao mesmo. Mas para aqueles que, como neste estudo, vislumbram no enriquecimento sem causa uma fonte de obrigações tendentes a equacionar as situações em que se constata um desequilíbrio patrimonial que carece de causa justificativa, a subsidiariedade não faz qualquer sentido. Como já foi anteriormente referido, o problema da ausência de causa é solucionado fora dos quadros do enriquecimento sem causa. Busca-se no ordenamento a solução para a presença ou ausência de causa e da resposta a esta questão é que deriva a

¹⁶⁴ Diogo José Paredes Leite de Campos, *op. cit.*, p. 444. “O enriquecimento sem causa constituiria, normalmente, um meio técnico de eficácia superior, já que considera um resultado sem se importar com a maneira como este se opera. Partindo da verificação de um facto, assume mais força de convicção do que o pesar sempre delicado e hipotético de um processo complicado colorido pelo mérito ou demérito dos interessados. É verdade que muitas vezes – inicialmente, mesmo a maioria – este enriquecimento seria realmente injusto, dada a exigência do critério axiológico do legislador a integrar o requisito causa. Ter-se-ia seguido um caminho mais fácil, mas apesar de tudo legalmente correcto, conducente às mesmas soluções que se obteriam com o emprego das normas concorrentes. Outras vezes, porém, a busca da facilidade conduziria à preterição da vontade do legislador expressa nas normas concorrentes. O lesado, certo do seu direito mesmo sob o ponto de vista do outro instituto invocável, escolhe a via mais desimpedida do enriquecimento sem causa, na qual obtém sucesso.”

pertinência ou não do exercício da ação de enriquecimento.¹⁶⁵ Muitas vezes uma análise cuidadosa da situação nos próprios quadros dos institutos concorrentes, normalmente mais precisos e exigentes, revelaria que o enriquecimento não seria desprovido de causa, no sentido de justificação legal, o que desde logo afastaria a aplicabilidade das normas relativas ao enriquecimento sem causa.

Ocorre que, em que pese o requisito da subsidiariedade ter sido acolhido legislativamente por diversos ordenamentos jurídicos de origem latina como a Itália, Portugal e inclusive o Brasil, ele é alvo de muitas críticas¹⁶⁶ e parece não se sustentar dogmaticamente.¹⁶⁷ A tarefa agora é tentar verificar seu alcance e a função, se é que eles existem.

A subsidiariedade é a exigência de que a ação visando à restituição do enriquecimento sem causa seja encarada como uma medida excepcional que só pode ser utilizada quando a lei não faculte outros meios ao interessado, como, por exemplo, a ação declaratória de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, a ação de indenização por responsabilidade civil, a ação de reivindicatória de bens ou a ação de reparação de danos. Como bem observa ALBERTO TRABUCCHI, a

¹⁶⁵ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p. 117, também duvida da pertinência do requisito da subsidiariedade: “*El requisito de la subsidiariedad es, desde luego, un requisito necesario si se configura la acción como una acción de equidad, puesto que su propia naturaleza moral conduce a que no pueda actuar allí donde actúe la técnica jurídica; sin embargo, si, como la hemos delimitado en este trabajo, la consideramos una acción destinada a corregir los desequilibrios patrimoniales derivados de las atribuciones impropias, la regla de la subsidiariedad se nos presenta como innecesaria, e incluso contraproducente, pues no permitiría el estudio coherente de los supuestos atípicos de ejercicio de la acción a través de aquellos supuestos recogidos específicamente en una norma jurídica.*”

¹⁶⁶ Nas palavras de Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 427-8, “Concluindo, parece-nos que se impõe não racionalizar o que não passa de puro acidente histórico. Ao erro do Code seguiu-se uma sentença (*o arrêt Boudier*) que, tendo embora o mérito de o redescobrir, errou ao não especificar os requisitos para o seu funcionamento, culminando esta evolução com um outro erro, desta feita a doutrina, que tentou corrigir o erro anterior, inventando, entre outros o requisito da subsidiariedade. É apenas de se lamentar que esta sucessão de erros franceses tenha acabado por se repercutir no nosso ordenamento, como, aliás, em tantos outros.”

¹⁶⁷ Conforme Luís Manuel Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*, p.25, “Não parece existir, por isso, uma verdadeira subsidiariedade do enriquecimento sem causa, funcionando muitas vezes a invocação de tal regra como um ‘cripto argumento’, destinado a evitar uma utilização desproporcionada da cláusula geral do art. 884.”

ausência de regramento exigida pela subsidiariedade não é atinente à relação entre as partes, mas é sim à falta de previsão legal ou contratual do meio para que se equacione a demanda derivada de um enriquecimento obtido sem causa justificativa.¹⁶⁸

Cabe aqui uma pequena digressão, com base nos ensinamentos de Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA¹⁶⁹. A pretensão é uma potência de que se revestem os direitos subjetivos que autoriza os interessados a exigirem que estes direitos subjetivos se materializem. A pretensão é, portanto, a faculdade de se poder exigir a satisfação de um direito subjetivo, mediante uma conduta voluntária do obrigado. Caso infrutífera esta exigência de cumprimento voluntário da obrigação, o direito faculta ao interessado o exercício de uma ação de direito material, por meio da qual o poder coercitivo do Estado será acionado para que o direito subjetivo seja realizado independentemente da vontade ou do comportamento do obrigado. A ação de direito material é um novo poder que surge depois do exercício infrutífero da pretensão que faculta ao titular do direito subjetivo agir para sua realização, mediante o respaldo do poder coercitivo do estado. A todo direito exigível, ou seja, a toda pretensão, corresponde uma ação de direito material (art. 75 do Código Civil de 1916). A ação de direito material não se confunde que com a ação processual que é o exercício do direito subjetivo de acesso aos tribunais, garantido pelo artigo 5º., XXXV da Constituição Federal.

¹⁶⁸ Alberto Trabucchi, *Arricchimento (azioni di): diritto civile*, p. 74.

¹⁶⁹ Ovídio A. Baptista da Silva, *Curso de Processo Civil*, Vol. I, p. 59-68.

Em resumo, existem três momentos distintamente separados de um mesmo direito: o direito subjetivo latente, a pretensão e a ação de direito material.¹⁷⁰ A fragilidade do requisito da subsidiariedade decorre do fato de que ela abrange somente o terceiro dos momentos acima referidos. A subsidiariedade só veda o exercício da ação de enriquecimento, quando existirem outras ações aptas a ensejar a restituição do enriquecimento, mas não consegue atingir ou negar um direito subjetivo de devolução das vantagens obtidas sem causa e nem a respectiva pretensão. Prevalecendo o aludido requisito, chega-se à inaceitável situação de que possa existir um direito subjetivo ao qual não corresponde uma ação de direito material. E nem se argumente que o direito estaria tutelado por outras ações que não a de enriquecimento. As outras ações tutelam outros direitos subjetivos que, eventualmente, podem corresponder ou oferecer conseqüências fáticas satisfatórias e/ou similares àquelas que seriam alcançadas pela ação de enriquecimento. Isto não significa dizer que elas satisfaçam a pretensão restitutória baseada no enriquecimento sem causa.

Note-se, inclusive, que a circunstância de um titular poder escolher entre diferentes ações para fazer valer os seus direitos subjetivos não é rara no direito e de regra isto não é visto como um inconveniente. O enriquecimento sem causa interage com outros institutos e se revela sensível às soluções encontradas em outros dispositivos legais, até mesmo porque os institutos jurídicos não são compartimentos estanques ou herméticos¹⁷¹, roubando as palavras de VIEIRA

¹⁷⁰ Leciona Ovídio A. Baptista da Silva, *ibid.*, p. 71-2, “Se tenho um direito de crédito ainda não vencido, apenas tenho direito subjetivo de crédito, mas ainda não disponho de pretensão, porque meu direito não é, então **exigível**; vencida a obrigação a partir daí, posso exigir a satisfação, ou seja exercer a pretensão de que já disponho, adotando as providências que julgar adequadas a **forçar o cumprimento voluntário** da obrigação, por ato espontâneo do obrigado. Se este, ante minha exigência, não satisfaz o direito de crédito pelo pagamento, então posso **agir** contra ele, exercendo agora não mais uma simples pretensão, enquanto **exigência de satisfação**, mas minha **ação de direito material**, que é a **conduta do titular do direito idônea a realizá-lo por seus próprios meios** e sem mais contar com a atividade voluntária do obrigado.” (grifos no original)

¹⁷¹ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p, 425.

GOMES. Eles interagem entre si porque integram um mesmo sistema informado por princípios gerais comuns.

Por mais uma vez fica denunciada a insustentabilidade do requisito da subsidiariedade. Note-se que ele surgiu como curativo emergencial para um corte no sistema criado pelo Código de Napoleão e inserido no contexto histórico do liberalismo capitalista europeu do século XIX. Neste cenário não havia espaço para insegurança ou incerteza. O direito, encarado como uma ciência normativa pura, desconectado das realidades sociais, não podia admitir uma brecha para ações não disciplinadas legalmente, pois ao juiz passivo e inerte competia somente dizer o direito legislado no caso concreto. A subsidiariedade era uma forma de mitigar a amplitude da ação de enriquecimento subordinando-a às demais normas positivadas. Assim restavam mais preservadas as tão almejadas certeza e segurança jurídicas.

Assente nosso posicionamento de que a subsidiariedade é um conceito inteiramente supérfluo, resta um questionamento: qual seria o alcance e significado do artigo 886 do Código Civil Brasileiro, que dispõe que: *“Não caberá a restituição por enriquecimento, se a lei conferir ao lesado outros meios para se ressarcir do prejuízo sofrido.”*

Ousa-se dizer que o dispositivo legal não encontra argumentos fáticos ou dogmáticos que possam sustentar sua aplicabilidade. Note-se, inclusive, que o linguajar utilizado é inapropriado porque mencionam-se o *lesado* e o *prejuízo* que são expressões típicas da responsabilidade civil. Na ação de enriquecimento não se busca recompor lesão ou prejuízo, mas somente restituir um enriquecimento verificado.

I.4.4.4 EXIGÊNCIA DE IMEDIAÇÃO

Quando se observa o aumento patrimonial de uma pessoa sem intermediários, à custa de bens ou direitos do próprio prejudicado fala-se em *enriquecimento direto ou imediato*. Já quando o enriquecimento de alguém é fruto de duas ou mais transmissões de valores sucessivas e se instala num patrimônio distinto daquele de quem foi protagonista do deslocamento patrimonial originário fala-se em *enriquecimento indireto*.

A questão que se coloca é saber se é pertinente a exigência da imediação para que se possa pleitear a restituição do enriquecimento obtido sem causa. Em outras palavras, é preciso saber se o único enriquecimento passível de restituição seria aquele obtido diretamente à custa do empobrecido ou se há espaço para um pedido de restituição formulado a um terceiro beneficiado pela atribuição patrimonial.

Note-se que essa questão está diretamente imbricada com o requisito da subsidiariedade. Os defensores deste último requisito diriam que ao prejudicado caberia sempre voltar-se contra aquele que injustificadamente valeu-se de seus bens ou trabalho para obter vantagem, o que excluiria qualquer pretensão de restituição dirigida a um terceiro que estivesse fruindo das vantagens. Como aqui se refuta o requisito da subsidiariedade, até por uma questão de coerência, tende-se a admitir a possibilidade de restituição do enriquecimento indireto do terceiro, prescindindo também de uma exigência de imediação para o exercício da ação de enriquecimento.

Na doutrina brasileira o problema do enriquecimento indireto é pouco desenvolvido, mas, adequando os estudos de FERNANDO DE NORONHA¹⁷² ao

¹⁷² Fernando de Noronha, *Enriquecimento sem causa*, p. 62-63.

novo Código Civil, pode-se apontar pelo menos três casos de possibilidades de restituição do enriquecimento indireto consagrados legalmente. O artigo 932, V, estende a responsabilidade pela reparação civil, limitada até a quantia recebida, aos que gratuitamente houverem participado dos produtos do crime. Já o parágrafo único do artigo 879 estatui que o terceiro que, por título gratuito, adquiriu imóvel que chegara às mãos do alienante em razão de pagamento indevido deverá abrir mão do mesmo, ainda que estivesse de boa-fé. Da mesma forma se o terceiro adquirente a título oneroso agiu de má-fé também é facultado o direito de reivindicação àquele que pagou por erro. Também no parágrafo único do artigo 1.257 vislumbra-se a possibilidade de restituição do enriquecimento indireto, pois a lei autoriza que o proprietário ou fornecedor das sementes, plantas ou materiais sobre do proprietário do solo a indenização devida, quando não puder havê-la do plantador ou construtor.

FERNANDO DE NORONHA entende que nos casos de enriquecimento indireto a ação de enriquecimento só seria excepcionalmente admitida, mediante a concomitância de duas condições: que o enriquecimento haja sido obtido a título gratuito e que o intermediário, devedor do empobrecido, esteja insolvente.¹⁷³

Na doutrina estrangeira é freqüente a restrição das hipóteses em que se admite a restituição do enriquecimento indireto. O anteprojeto do Código Civil Português até continha um dispositivo exigindo a imediação do enriquecimento para autorizar o pedido de restituição.¹⁷⁴ Mas prefere-se aderir ao posicionamento de que este não é um dos requisitos prévios para possibilitar a restituição do enriquecimento

¹⁷³ Fernando de Noronha, *ibid.*, p. 63.

¹⁷⁴ Mário Júlio de Almeida Costa, *Direito das Obrigações*, p. 333, cita o art. 720º, no. I, do Anteprojecto: “Para que a deslocação patrimonial entre empobrecido e enriquecido dê lugar a um direito resultante de enriquecimento (direito de enriquecimento) daquele contra este, é necessário que ela não tenha sido conseguida mediante passagem pelo património de um terceiro, devendo o enriquecimento e o empobrecimento resultar da mesma circunstância. Ressalva-se o disposto nos art. 725º., § 2º., e 730º.”

e que a análise das circunstâncias do caso concreto é que autorizará ou não a referida restituição por parte de terceiro.¹⁷⁵

¹⁷⁵ Mário Júlio de Almeida Costa, *op.cit.*, p. 333, expressa-se da seguinte forma: “Não se alcança que a nossa lei imponha forçosamente uma solução quanto a este problema, muito delicado pela complexidade e número de hipóteses possíveis. E assim, embora a doutrina que exige o carácter imediato do enriquecimento pareça ser, em princípio, de aceitar, a jurisprudência terá os movimentos livres para atender a uma ou outra situação em que essa exigência da deslocação patrimonial directa se mostre porventura excessiva conduzindo a soluções que choque o comum sentimento de justiça.”

I.5 - OBJETO DA OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Considerando que o dever de restituir um enriquecimento obtido sem causa é uma obrigação em sentido técnico, seu objeto é uma prestação. Esta prestação consiste invariavelmente na devolução ou restituição de um enriquecimento obtido à custa de outrem e sempre tem caráter patrimonial.

Para que surja uma obrigação de restituição do enriquecimento sem causa é preciso que tenha havido uma intromissão na esfera jurídica de outrem ou que tenha sido realizada e usufruída uma prestação alheia e que esses comportamentos tenham gerado um acréscimo patrimonial para o enriquecido. A medida da obrigação de restituir é dada pela verificação da parte do patrimônio do enriquecido que foi alcançada por este em virtude do gozo de bens jurídicos alheios.

Mas uma questão que aflige sobremaneira a doutrina são os critérios para a averiguação do montante da restituição em sede de enriquecimento sem causa. Até porque na resposta a esta questão influem posicionamentos que estão diretamente relacionados à concepção do enriquecimento sem causa propriamente dito.

Diversas soluções¹⁷⁶ têm sido dadas a este problema, e uma legislação como a brasileira que oferece um critério tão vago abre possibilidades para diversas interpretações.

¹⁷⁶ Silvio Rodrigues, **Direito Civil**, vol. 3, p. 425, sugere um critério que parece ser inaceitável para quem, como neste trabalho, não reputa essencial a existência de um empobrecimento concomitante ao enriquecimento verificado para justificar uma restituição do montante indevidamente auferido: “Poder-se-ia, então, formular nos seguintes termos a regra geral sobre o

Parte-se da dicção do artigo 884, especialmente em seu parágrafo único, do Código Civil, que está assim redigido:

Art. 884. Aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido, feita a atualização dos valores monetários.

Parágrafo único. Se o enriquecimento tiver por objeto coisa determinada, quem a recebeu é obrigado a restituí-la, e, se a coisa não mais subsistir, a restituição se fará pelo valor do bem na época em que foi exigido.

A expressão 'indevidamente auferido' refere-se ao enriquecimento obtido. A doutrina observa que são possíveis duas concepções de enriquecimento: a real e a patrimonial. O enriquecimento real corresponde à vantagem propriamente dita e consiste na própria coisa ou no seu equivalente econômico. Já o enriquecimento patrimonial exprime-se pela comparação entre a situação patrimonial em que o beneficiário se encontra (situação atual) e aquela em que estaria se não fosse o deslocamento patrimonial operado (situação hipotética).

Anteriormente já se aludiu que a concepção preferível para aferir o montante da restituição é a do enriquecimento real, limitada pelo enriquecimento patrimonial nos casos de boa-fé do enriquecido. Partindo deste pressuposto torna-se menos complexa a tarefa de precisar o montante da restituição.

Inicialmente é de se ressaltar que, assim como na responsabilidade civil, a lei, em sede de enriquecimento sem causa, institui o primado da restituição *in natura*. Somente em casos em que a devolução do próprio bem se revelar inviável ou excessivamente onerosa pode-se recorrer à restituição em espécie ou por equivalente. Deve-se tutelar o interesse fundamental de a pessoa manter intacta uma determinada composição do seu patrimônio e não meramente o valor

montante da indenização: ' Quando houver diferença entre os montantes do enriquecimento e do empobrecimento, a indenização se fixará na cifra menor.'

pecuniário deste patrimônio.¹⁷⁷ Da consagração legislativa da restituição *in natura* sobressai a preferência pela concepção do enriquecimento na sua dimensão real.

Somente quando esta restituição *in natura* não for possível ou for excessivamente onerosa¹⁷⁸ é que será necessário recorrer à restituição em espécie ou por equivalente. Nestes casos, torna-se relevante o comportamento do enriquecido. A regra geral é de imputar-se ao enriquecido a obrigação de restituir, nos termos do parágrafo único, do artigo 884, supracitado “o valor do bem na época em que foi exigido”, portanto o *enriquecimento real*, ainda que ele não mais subsista. Caso comprovada a boa-fé do enriquecido, ou seja, que ele confia na validade de sua aquisição, deve-se assegurar que a restituição não se converta em uma fonte de prejuízo ao inocente e, portanto, estará restrita a seu enriquecimento patrimonial subsistente, já que o enriquecido de boa-fé é merecedor deste tratamento excepcional. Não se trata de aderir à tese dos que entendam ser devida a restituição do *enriquecimento patrimonial*. Apenas se limita a obrigação de restituir daquele que age de boa-fé ao seu locupletamento, ao enriquecimento patrimonial subsistente a fim de evitar que o dever de restituir se traduza em um dano para a pessoa.¹⁷⁹

Isso também é verdadeiro nas hipóteses em que o enriquecimento é consubstanciado pela poupança de despesas decorrente do uso, consumo ou

¹⁷⁷ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa.*, p. 118-9.

¹⁷⁸ Nas palavras de Júlio Manuel Vieira Gomes, *ibid.*, p. 262-3, “O primado desta última (restituição natural) não constitui uma mera escolha mais ou menos indiferente entre duas formas de reparação do dano, mas, antes, o reflexo de uma certa visão deste e da forma mais perfeita de o reparar e uma concomitante decisão quanto à prioridade dos interesses do lesado sobre os interesses do lesante. Essa prioridade implica, por exemplo, que a reconstituição natural só não terá lugar, para além dos casos de impossibilidade, quando se revelar como *excessivamente* onerosa (e não já simplesmente quando for onerosa mas não excessivamente).”

¹⁷⁹ Mais uma vez é lapidar a lição de Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 227: “O objeto da obrigação de restituir fundado no enriquecimento sem causa é, para nós, sempre o valor da coisa, do bem, do serviço, da competência alheia indevidamente recebido ou apropriado e não as consequências, os reflexos do que se obteve no patrimônio do enriquecido. Até porque tais consequências e nomeadamente o lucro resultarão, amiúde, em maior ou menor medida, de características pessoais do enriquecido, do seu trabalho, da sua iniciativa.”

fruição de um bem ou direito alheio, bem como pela utilização de um serviço que não fora previamente contratado. Nestas hipóteses observa-se um enriquecimento injustificado, mas a avaliação de sua grandeza é mais subjetiva e influi o ânimo de agir do enriquecido. Estando de má-fé ele deve restituir o valor de mercado do bem ou do serviço não podendo alegar que seu enriquecimento patrimonial foi menor ou inexistente para tentar eximir-se à obrigação de restituir o valor objetivo da vantagem recebida. A sua própria decisão de interferir na esfera jurídica alheia o autovincularia, representando um *venire contra factum proprium*, vedado pelo ordenamento jurídico, a invocação de que não se beneficiou de um enriquecimento patrimonial. Outra é a situação daquele que, de boa-fé, recebe uma prestação, utiliza ou consome uma coisa alheia. Nesta hipótese o montante da restituição fica limitado ao seu enriquecimento patrimonial, no sentido da diferença entre o valor atual de seu patrimônio e do valor hipotético de seu patrimônio se não tivesse usufruído do bem ou serviço. Caso esta diferença seja nula, a boa-fé inibe totalmente a pretensão creditória do titular originário do bem ou do prestador do serviço.

Outro fator que influencia no montante da restituição é a proporção em que o enriquecimento foi obtido “à *custa de outrem*”. Aliás o obtido “à *custa de outrem*” é simultaneamente pressuposto e medida da obrigação de restituir.¹⁸⁰

É preciso averiguar em que medida a vantagem foi obtida em virtude do gozo de bens jurídicos alheios e em que medida esta vantagem deflui do próprio patrimônio do enriquecido e de seus esforços particulares.

I.5.1 JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

¹⁸⁰ Diogo José Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 455.

Ainda se coloca o problema de se saber se o obrigado à restituição será também obrigado a restituir os frutos. Acredita-se que aqui deva prevalecer o entendimento de que o enriquecido deve estar obrigado a restituir o seu efetivo enriquecimento, ou seja, tudo o que obteve sem causa e, portanto, também os frutos percebidos.

Isto não implica instituir uma obrigação de o enriquecido restituir frutos que não obteve. E aqui é inevitável a referência aos juros e de novo se faz presente a influência da boa ou má-fé do enriquecido. É justificável que se pague juros se efetivamente se depositou uma quantia indevidamente recebida e se obtiveram juros em virtude desse depósito bancário, mas não que o enriquecido de boa-fé pague juros como se tivesse contraído um empréstimo para poder dispor da mesma quantia durante idêntico período de tempo. Mesmo que o enriquecido de boa-fé tenha recebido uma soma em dinheiro e a tenha aplicado, por exemplo, para adquirir imóveis que se valorizaram, maquinário para sua empresa, especular com sucesso na bolsa ou comprar um bilhete de loteria premiado, ele não estará obrigado a restituir além da importância originária até que seja citado judicialmente ou tome conhecimento da falta de causa de seu enriquecimento.¹⁸¹

Outro é o quadro quando o enriquecido tem conhecimento da falta de causa do seu enriquecimento e obtém lucro graças ao investimento, porque sabe que está “lidando” com coisa alheia e neste caso trata-se de restituição do lucro por intervenção na esfera jurídica alheia, que tem outra sistemática, como será examinado oportunamente.

¹⁸¹ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 128-130.

Na parte final do artigo 884 do novo Código Civil, está consignado que sobre a restituição do indevidamente auferido por aquele que se enriquece sem justa causa deve ser “*feita a atualização dos valores monetários*”.

Tanto a legislação quanto a jurisprudência brasileiras¹⁸², de longa data, admitem amplamente a incidência da atualização monetária como mecanismo de recomposição do valor da moeda e não se faria exceção às hipóteses de restituição do enriquecimento sem causa. Questiona-se, pois, qual o sentido e alcance da parte final do artigo 884 do novo Código Civil.

NEWTON DE LUCCA refere-se à atitude do legislador como “excesso de zelo” e “redundância, pois o objetivo do instituto em análise – o restabelecimento do equilíbrio patrimonial das partes – seria frustrado se, diante de um pedido de restituição, ao juiz fosse defeso determinar a incidência de correção monetária no montante devido.”¹⁸³

Com efeito, a inserção dessa ressalva no dispositivo legal que regula a restituição do obtido por força de enriquecimento sem causa seria despicienda em face da conjuntura legal e jurisprudencial atuais. Tal inserção só se explica pelo contexto histórico que envolveu o processo de elaboração do novo Código Civil, no qual um panorama econômico em que estiveram presente altas taxas inflacionárias, ensejou uma preocupação extra no sentido de ver garantida a manutenção do valor real da moeda, sem a corrosão que implica o decurso de tempo.

De qualquer forma, a expressão “feita a atualização dos valores monetários” do art. 884 do novo Código Civil, está a denunciar que o legislador optou por

¹⁸² “Reconhecido nos autos que ocorreu enriquecimento sem causa, ainda que não haja má-fé do accipiens, mas diante do lapso de tempo entre o crédito indevido e sua correspondente devolução, não há como negar o direito à correção monetária do quantum tardiamente restituído.” RESP 132094/RN, 2ª. Turma, STJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.03.2005, p. 299.

¹⁸³ Newton de Lucca, *Comentários ao Novo Código Civil – Dos Atos Unilaterais. Dos Títulos de Crédito.*, Volume XII, p. 110 e 113.

consagrar a restituição do enriquecimento real, entendido como o valor objetivo e autônomo da vantagem adquirida. Se a opção legal fosse de restituição do enriquecimento patrimonial, concebido como a diferença resultante da comparação entre a situação real do patrimônio do beneficiado e aquela em que se encontraria se a deslocação patrimonial não tivesse ocorrido, não faria sentido mencionar a atualização monetária de valores porque a análise concentrar-se-ia na situação atual do patrimônio do enriquecido.¹⁸⁴

I.5.2 O DESAPARECIMENTO DO ENRIQUECIMENTO

É possível que, tendo ocorrido um enriquecimento sem causa em um determinado momento, posteriormente, ele venha a desaparecer. Passar-se-á a investigar qual a reação do ordenamento jurídico diante do que é chamado de desaparecimento do enriquecimento.

Neste ponto também é preciso ter em conta a opção que se faz em considerar a restituição do enriquecimento sem causa pelos critérios do enriquecimento real ou do enriquecimento patrimonial. Aqueles que optam por considerar que somente é devida a restituição do enriquecimento patrimonial tendem a defender que o

¹⁸⁴ José Eduardo da Rocha Frota, *Ação de Enriquecimento sem causa*, Revista de Processo 36, p. 43-78, tem entendimento contrário considerando que a correção dos valores monetários é uma estultice porque reputa que a restituição do enriquecimento deve incidir sobre o enriquecimento patrimonial: “Como o próprio nome diz, o que importa para a ação de enriquecimento sem causa é que seja restituído o indevidamente auferido, e isso se refere àquilo que for encontrado no patrimônio do devedor por altura da sentença condenatória, isto é, o que estiver justamente a mais no seu patrimônio, conseguido à custa do credor. Nada mais, nada menos! Destarte, a correção dos valores monetários é uma estultice, porque poderá prejudicar uma das partes, e isto desde que esteja em desacordo com o efetivo valor do benefício encontrado no patrimônio do devedor, ou seja, pode acontecer que uma atualização do valor pelos índices estatuídos pelo Governo não corresponda ao efetivo enriquecimento do devedor, então estará perdendo o credor, ou pode ser que o suplante em muito, daí o prejudicado será o devedor, no que se estará invertendo as posições. A perda ou desvantagem de um será o lucro ou benefício de outro!”

enriquecido tem uma espécie de garantia de não sofrer qualquer prejuízo com a restituição. Nesta linha de pensamento fica aberta uma via bastante ampla para que o enriquecido alegue que qualquer evento que venha a reduzir ou eliminar um enriquecimento seja uma excludente da obrigação de restituir. A análise destes fatores não é puramente jurídica, porque, para avaliar se um enriquecimento ainda subsiste, é necessária uma análise econômica do patrimônio do enriquecido para verificar quais as vantagens que remanescem.

Todavia, a amplitude da possibilidade de invocar o desaparecimento do enriquecimento é mais restrita para quem, como se faz neste trabalho, considerar que o objeto da obrigação de restituir o enriquecimento sem causa é o enriquecimento real. Em verdade, deve-se encarar o problema por uma outra ótica: quando é que se pode admitir que o enriquecido devedor possa transferir os prejuízos sofridos depois do aporte patrimonial verificado ao seu credor.¹⁸⁵ É de se reconhecer que existe uma tensão entre os interesses do credor já que, de regra, os prejuízos decorrem de um ato próprio do enriquecido e os interesses deste último que pode ter confiado na validade e no caráter definitivo da transferência patrimonial ocorrida e, normalmente, age sem culpa ou com culpa leve.¹⁸⁶

Deve-se partir da consideração de que o conteúdo da obrigação é normalmente inalterável, sendo secundário ou irrelevante o fato de as vantagens subsistirem no momento da restituição. Deve-se, todavia, ressaltar as hipóteses em que o enriquecido estava de boa-fé. Nestes casos a obrigação de restituição fica mitigada e limitada ao enriquecimento patrimonial subsistente até o momento em

¹⁸⁵ Alex Flessner, *Wegfall der Bereicherung, Rectsvergleichung und Kritik*, apud Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 827, demonstrou esta correta perspectiva de análise: “desde que se reconheça que se trata de repartir um dano entre as partes, o processo que conduziu ao enriquecimento deixa de surgir apenas como a causa para uma deslocação patrimonial errada, que tem que ser desfeita, mas apresenta-se, antes, como o início de todo um processo que conduziu a um dano.”

¹⁸⁶ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 820-821.

que o enriquecido for constituído em mora, evitando que o enriquecido de boa-fé sofra prejuízos para efetivar o cumprimento da obrigação.

I.5.3 A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO

A prescrição consiste na extinção da possibilidade do exercício de determinados direitos depois de esgotado o lapso temporal previsto legalmente. As regras que estatuem prazos prescricionais visam delimitar no tempo o direito de agir do titular e conceder segurança aos terceiros que com ele se relacionam. A segurança jurídica exige que se ponha um limite temporal às pretensões jurídicas depois de decorrido um período mais ou menos longo desde o acontecimento dos fatos de que elas derivam.

Note-se que a própria prescrição é considerada causa para justificar enriquecimentos, nos casos e formas em que a lei assim determina.¹⁸⁷

O artigo 205 do novo Código Civil, prevê em seu parágrafo 3º, inciso IV que prescreve em três anos a pretensão de ressarcimento de enriquecimento sem causa.

Existe uma discussão acadêmica no sentido de ser ou não possível o recurso à ação de restituição do enriquecimento sem causa, em caso de prescrição de outra ação proponível na espécie. Quem, como se faz neste estudo, adira à tese de que a ação de enriquecimento não é subsidiária, tende a aceitá-la como mecanismo válido para regular transmissões patrimoniais desprovidas de causa mesmo que prescrita outra ação que visasse o mesmo objetivo.

¹⁸⁷ Conforme Diego Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 422, "(...) a lei justifica os enriquecimentos derivados da prescrição. Tentar fazer restituir estes mesmos enriquecimentos seria, portanto, declarar sem causa uma deslocação patrimonial justificada pela lei com base nas referidas razões, prejudicando os interesses que a prescrição visa assegurar."

Note-se que, em apoio a esta tese, o próprio o artigo 61 da Lei n.º. 7.357/85 (Lei do Cheque) regula a ação de enriquecimento contra o emitente do cheque ou outros obrigados que tiverem se locupletado injustamente com o não-pagamento do cheque, com prazo prescricional de dois anos, contados exatamente do dia em que se consumar a prescrição prevista no artigo 59 da mesma lei.¹⁸⁸ Esta regulamentação do caso particular do cheque serve para demonstrar que a prescrição de uma ação não implica a prescrição de outra, no caso da ação de enriquecimento, desde que respeitadas as características peculiares de cada uma delas.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Montauray dos Santos Martins Filho, *Cheque prescrito e as ações de enriquecimento e cobrança*, p. 41, bem esclarece que o credor de um cheque possui larga possibilidade de cobrança: “Ainda não prescrito o título, dentro dos seis meses que se sucedem ao prazo da apresentação, há a faculdade de se ingressar com ação executiva, com a simples exibição da cártula. (...) Transcorrido o lapso prescricional, resta ao credor a ação de enriquecimento, dentro de dois anos, e, consumado esse período, ainda tem a faculdade de manejar a ação de cobrança, em prazo de 10 (dez) anos.”

¹⁸⁹ “A posse de cheques que não foram honrados pelos emitentes, exaurido o prazo de cobrança executiva das dívidas por eles representadas, é suficiente a propositura da ação de locupletamento ilícito, presumindo-se em favor do autor a causa lícita das dívidas, o prejuízo sofrido pelo não pagamento e o enriquecimento do emitente, presunção que poderá ser elidida, por provas em contrário, a cargo do réu.” RESP 32772/PR, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Dias Trindade, DJ 24.05.1993, p. 10005. “Prescrita a ação cambial, desaparece a abstração das relações jurídicas cambiais firmadas, devendo o beneficiário do título demonstrar, como causa de pedir na ação própria, o locupletamento ilícito, seja do emitente ou endossante, seja do avalista.” RESP 457556/SP, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 16.12.2002, p. 331.

PARTE II

O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Faz-se oportuno advertir que a dimensão operacional do enriquecimento sem causa é historicamente variável. Nem sempre é fácil delimitar o âmbito dos direitos e posições jurídicas abrangido por este tipo proteção jurídica porque isto depende do contexto histórico e político em que está inserido um determinado ordenamento jurídico.

XABIER ARRUE atrela a aplicabilidade do enriquecimento sem causa à idéia de “conteúdo de atribuição” do direito propriedade – noção absorvida da doutrina alemã¹⁹⁰. Entende que o “conteúdo de atribuição”¹⁹¹ do direito de propriedade tem

¹⁹⁰ Xabier Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, p. 68-9, assim descreve a teoria da atribuição: “WILBURG cimenta la llamada teoría de la atribución (Zuweisungstheorie), posteriormente consagrada por VON CAEMMERER, la cual, con su formulación sencilla y certera, se hace pronto dominante en el panorama de la conditio por intromisión..(...) La construcción dogmática de su teoría se apoya en el supuesto paradigmático del derecho de propiedad. El fin económico de la propiedad no queda suficientemente protegido por las acciones reivindicatoria y negatoria. El “contenido de atribución” (Zuweisungsgehalt) del derecho de propiedad exige, además de la cesación en la intromisión, remoción de sus efectos y eventual indemnización de los daños causados, el reconocimiento de una acción de enriquecimiento contra quien obtenga provecho por el uso o explotación del objeto sobre el que aquél recae.”

¹⁹¹ Xabier Basozabal Arrue, *op. cit.*, p. 81-2, assume o **monopólio de exploração** como critério determinante do conteúdo de atribuição dos direitos e posições jurídicas protegidas pela conditio (ação de enriquecimento): “Para la mayoría de la doctrina, lo determinante para la concesión de la conditio por intromisión es la atribución por parte del ordenamiento jurídico a los titulares de determinados derechos y posiciones jurídicas de una facultad exclusiva de explotación sobre el objeto de éstos. Quien sea titular de un derecho sobre cuyo objeto tenga facultad plena y exclusiva de disfrute y disposición cuenta con una protección específica para el caso de que un tercero se apropie sin su consentimiento (sea este contractual o derivado de simple tolerância) de todas o alguna de las facultades a él reservadas. El derecho protegido por la conditio reverts a su titular uso, disfrute, explotación, o cesión del mismo, y lo que hace precisamente la acción intromisiva del tercero es vulnerar la reserva de facultades que la titularidad de este derecho proporciona.”

por critério de determinação o monopólio de exploração sobre o objeto de alguns direitos e posições jurídicas concedido aos seus titulares. Adverte que para se aferir o reconhecimento da presença ou ausência deste monopólio de exploração intervêm critérios de política jurídica e econômica polarizados em dois focos: ou se opta por preservar a exclusividade dos interesses do titular do direito ou se privilegia uma utilização mais livre e otimizada dos bens e recursos buscando favorecer um aproveitamento coletivo de atividades e idéias alheias, o que é mais condizente com uma economia de livre mercado.¹⁹² Assim, só está abrangido pela proteção derivada da proibição do enriquecimento sem causa aquele a quem foi concedido por um determinado ordenamento jurídico o monopólio de exploração de um certo bem ou direito, em outras palavras, o proprietário que viu violado o conteúdo de atribuição de seu direito de propriedade por terceiro que usou, desfrutou, explorou ou cedeu seu bem ou posição jurídica.

Quando estão em jogo os direitos absolutos como o direito de propriedade ou os direitos reais limitados há um consenso quanto à incidência da proibição do enriquecimento sem causa porque são situações em que o ordenamento jurídico outorga aos titulares o monopólio de exploração. Nestas hipóteses a noção de 'conteúdo de atribuição' é satisfatória porque a única via de acesso a estes direitos é o consentimento de seu titular. Na ausência deste consentimento, a violação da exclusividade do poder que o proprietário tem sobre seu direito implica o surgimento de uma pretensão restitutória em face deste que indevidamente procedeu à referida violação. Também admite-se a proteção pelo enriquecimento sem causa da

¹⁹² Xabier Basozabal Arrue, *op.cit.*, p. 113-17, serve-se do seguinte exemplo para demonstrar que a aferição da presença ou não de um enriquecimento está subordinada a critérios de política jurídica e econômica. A princípio, pode-se afirmar que a propriedade de um bem não concede a seu titular a faculdade de proibir que ela seja contemplada, olhada ou fotografada porque isto condiz com valores como cooperação social e aproveitamento racional da experiência coletiva. Mas, se aquele que fotografa o bem decide comercializar a imagem, isto confere ao proprietário uma pretensão restitutória fundada no enriquecimento sem causa? Para situações de fato que envolviam esta mesma questão um tribunal inglês denegou a pretensão restitutória alegando que fotografar um edifício não constituía uma intromissão no uso e desfrute do mesmo e o BGH alemão reconheceu ao proprietário do imóvel o monopólio sobre o proveito comercial deste, inclusive de sua imagem.

propriedade sobre águas, minas, caça e pesca, da posse e de alguns direitos de crédito (e.g. pagamento indevido).

O enriquecimento sem causa igualmente deve partir da aceitação de uma realidade jurídica e social que confirma a possibilidade efetiva de comercialização dos direitos da personalidade, seja pela exploração direta feita por seus titulares, seja pela cessão onerosa dos direitos comerciais sobre os mesmos.

A proteção derivada da vedação do enriquecimento sem causa ainda se aplica no âmbito da propriedade industrial. As patentes de invenção, os modelos de utilidade, os desenhos industriais e as marcas registradas outorgam a seus titulares um âmbito de exploração exclusivo, reservando-lhes uma faculdade de proveito inviolável pela usurpação de terceiros. Estes direitos têm para seus titulares um conteúdo de atribuição com um significativo grau de transcendência econômica no mercado e, portanto, fazem jus a uma eficaz proteção jurídica. No domínio da concorrência desleal também é possível tutelar interesses com fundamento na vedação do enriquecimento sem causa, especialmente quando usurpada a possibilidade de exploração exclusiva de uma posição concorrencial conferida a um titular (e.g. utilização de segredos industriais ou pirataria de projetos).

É bem verdade que o âmbito de aplicação do enriquecimento sem causa encontra limites que XABIER ARRUE condensa em duas ordens de considerações:¹⁹³ em primeiro lugar os limites são traçados pela liberdade de

¹⁹³ Nas palavras de Xabier Basozabal Arrue, *op. cit.*, p. 130-31: “*En los extremos de esta ‘adecuación’, los límites a la puesta en marcha de la mecánica restitutoria se apoyan en las dos diversas consideraciones a las que ya hemos hecho referencia y de las que definitivamente nos ocupamos a continuación: la primera trata de aquellas acciones cuyo ejercicio debe considerarse como manifestación incondicional de la libertad de actuación (fotografiar un bien ajeno; utilizar datos de la vida privada de una persona que son de dominio público para ilustrar un ensayo, o como argumento para una novela), por la segunda se excluyen aquellos supuestos en los que la ‘contractualización’ de un bien jurídico (entendida como mecanismo que articula la obligación restitutoria) resulta antijurídica o contraria a las buenas costumbres (el difamado por una revista pretende que ésta le restituya el precio que hubiera debido pagar par legitimar la violación de su honor).*”

atuação de terceiros. Existe um ideal de cooperação na humanidade que aponta para o sentido de que as idéias, descobrimentos ou invenções contribuam para o desenvolvimento de todos. Para evitar uma excessiva petrificação da vida de relação é salutar que se admita a obtenção de certas vantagens por via reflexa ou à custa de outrem. Assim, a vedação de enriquecimento sem causa só tutela o verdadeiro “conteúdo de atribuição” e não meras “expectativas valoráveis” sem conteúdo atributivo suscetível de ser usurpado. Em segundo lugar, a proteção concedida pelo enriquecimento sem causa é restringida pela impossibilidade de incidir sobre bens cuja comercialização revela-se ilícita ou contrária aos bons costumes, ou seja, sobre os chamados bens indisponíveis. Ela não se revela adequada quando o bem usurpado carece de um mercado lícito em que possa ser objeto de transações em contrapartida a um preço. Isso sem falar nas próprias limitações do mercado.

Como visto, é muito diversificada a problemática que envolve o ‘conteúdo de atribuição’ dos direitos, eleito como critério para delimitar o alcance da pretensão de restituição do enriquecimento sem causa.

Não se pode olvidar, ainda, as diversas aplicações do enriquecimento sem causa como mecanismo para restituição de valores transferidos para adimplemento de contratos que posteriormente foram considerados nulos ou, ainda, como mecanismo de interpretação ou revisão de contratos em casos de flagrante desequilíbrio econômico.

Quando o novo Código Civil brasileiro optou por consagrar, no artigo 884, uma cláusula geral¹⁹⁴ que institui uma fonte genérica de obrigações, segundo a qual o enriquecido fica obrigado a restituir o benefício auferido à custa de outrem, abriu um vasto leque de possibilidades para a aplicabilidade do enriquecimento sem causa.

Em que pese muitos autores¹⁹⁵ defenderem o estabelecimento de uma tipologia de categorias para o trato do enriquecimento sem causa, parece que o reconhecimento da possibilidade de um tratamento dogmático unitário do instituto por meio de uma cláusula geral é mais coerente e promissor, afinal o direito como objeto cultural em constante evolução não se adequa facilmente à clausura das tipologias apriorísticas.

Note-se todavia que a abertura e mobilidade da cláusula geral de vedação do enriquecimento sem causa não prescindem de uma conexão com as demais normas e de um diálogo com a experiência para mostrar-se operacional. Por isso passa-se ao exame das hipóteses mais freqüentes de concreção da vedação de enriquecimento sem causa no direito obrigacional.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Judith Martins Costa, *Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro*, p. 118, traz uma definição das cláusulas gerais: “Estas ‘janelas’, bem denominadas por Irti de ‘concetti di collegamento’ com a realidade social são constituídas pelas cláusulas gerais, técnica legislativa que conforma o meio hábil para permitir o ingresso, no ordenamento jurídico codificado, de princípios valorativos ainda não expressos legislativamente, de *standards*, arquétipos exemplares de comportamento, de deveres de conduta não previstos legislativamente (e, por vezes, nos casos concretos, também não advindo da autonomia privada), de direitos e deveres configurados segundo os usos do tráfego jurídico, de diretivas econômicas, sociais e políticas, de normas, enfim, constantes de universos metajurídicos, viabilizando a sua sistematização e permanente ressitematização no ordenamento positivo.”

¹⁹⁵ Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*, p. 31, é francamente favorável à construção de categorias típicas do instituto, com tratamentos jurídicos próprios.

¹⁹⁶ Deixa-se de incluir neste estudo as hipóteses de enriquecimento sem causa nos âmbitos do direito de família, do direito tributário e do direito administrativo, eis que o campo aqui eleito intentou tratar mais especificamente da seara privada obrigacional.

II.1 HIPÓTESES DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NOS QUADROS DO ENRIQUECIMENTO FORÇADO

II.1.1 ENRIQUECIMENTO FORÇADO

Com a expressão enriquecimento forçado ou indesejado designam-se as situações em que voluntariamente o enriquecido não desencadeia e não participa do processo que conduziu a um enriquecimento; enriquecimento este que se deve à conduta do “empobrecido”, de um terceiro ou até mesmo de um fato natural. Pode-se até mesmo aventar hipóteses de enriquecimento forçado com a participação do enriquecido, desde que independentemente de sua vontade. Considere-se, por exemplo, a situação em que alguém utiliza bem alheio na suposição de que era de uso gratuito e depois se vê surpreendido com a exigência do pagamento de um valor pela referida utilização. O enriquecido pela utilização poderia nunca ter se servido do bem se soubesse que teria de pagar pela sua utilização.

Note-se que o enriquecimento forçado só se verifica quando a restituição *in natura* de uma vantagem não é possível ou exigível e sendo esta restituição devida terá de ser feita sob a forma de restituição de valor e que a temática do enriquecimento forçado ultrapassa os quadros do enriquecimento sem causa.

Está, pois, em questão a tutela do sujeito enriquecido forçadamente, já que a obrigatoriedade da restituição deste enriquecimento confronta-se com o princípio básico da liberdade de contratar e o seu desdobramento consistente na liberdade de não contratar. Há que se reconhecer a necessidade de mitigar ou temperar o

princípio que proíbe o enriquecimento sem causa sob pena de autorizar-se que alguém obrigue outrem a pagar uma quantia em dinheiro em contrapartida a um enriquecimento imposto.¹⁹⁷ Nas palavras de REIMER, em suma, é preciso justificar a situação excepcional de alguém ter que restituir, mesmo sem nada ter poupado, um enriquecimento forçado, que ocorreu sem ter em conta as suas preferências e a forma como tinha planificado sua vida.¹⁹⁸

REIMER, inclusive, traça um paralelo entre a indenização da responsabilidade civil, em que existe o dever do lesado de mitigar o dano, e a reparação do enriquecimento forçado no enriquecimento sem causa, na qual estaria presente uma obrigação de o enriquecido aproveitar ou utilizar a vantagem recebida. Com base nesta comparação, que tem por fundamento as regras para indenização na responsabilidade civil no direito alemão, o autor elenca os seguintes critérios para verificação de quando é devida a restituição do enriquecimento forçado, ou seja, quando é que o enriquecido pode ter o ônus de alterar o destino, a afetação de seus bens:

- a) quanto maior o valor objetivo do enriquecimento tanto menor a relevância da objeção do enriquecido fundada em sua disposição para dar outra destinação ao bem;
- b) quanto maior for a culpa do autor do enriquecimento, menos se pode exigir do enriquecido que altere a utilização que desejava para os bens;
- c) quanto maior o conhecimento que o próprio enriquecido teve do processo que conduziu ao enriquecimento, furtando-se ao dever de advertir o autor do enriquecimento (que poderia até desconhecer a falta de causa do

¹⁹⁷ Pietro Trmarchi, *L' Arricchimento senza Causa*, p. 16.

¹⁹⁸ Jürgen Reimer, *Die aufgedrängte Bereicherung, Paradigma der "negatorischen"*, apud Julio Manoel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 319.

enriquecimento, por agir em erro) menor a relevância da sua disposição para dar aquela destinação ao bem;

- d) quando o autor do enriquecimento efetuar despesas que, ao invés de operar uma simples mudança na utilização do bem, impliquem uma transformação na sua identidade e a alteração de seu destino econômico, só excepcionalmente fará jus à restituição. Nomeadamente quando se tratar de um enorme acréscimo de valor ou quando tenha havido uma violação do ônus de o enriquecido avisar ao autor do enriquecimento;
- e) quando o objeto em que o enriquecimento se incorporou for fungível poderá ser exigível que o proprietário aliene o bem e realize seu valor.

Estes critérios revelam as situações em que está presente a obrigação daquele que enriqueceu forçadamente aproveitar ou utilizar a vantagem recebida e alterar o modo como emprega seus bens, além de restituir o equivalente àquele que pleiteia o valor do enriquecimento. O enriquecimento é concebido como enriquecimento real ou objetivo equivalente ao valor de mercado do bem ou vantagem. Em outras situações de enriquecimento forçado não existiria a obrigação de restituição porque prevaleceriam os interesses do titular dos bens em manter o seu *status quo ante*.

II.1.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ENRIQUECIMENTO FORÇADO

As benfeitorias e acessões são figuras em que se observa o enriquecimento sem causa nos quadros do enriquecimento forçado. Mas é importante sublinhar que a temática do enriquecimento forçado não está restrita aos quadros do

enriquecimento sem causa. Ela também aflora em casos de gestão de negócios e responsabilidade civil, por exemplo, quando um bem com uma certa vetustez é destruído ou danificado e impõe-se a sua substituição por um novo ou o seu reparo com utilização de peças novas.

Mas não existe um tratamento legal harmonioso entre as diversas situações de enriquecimento forçado, visando proteger o obrigado a restituir um enriquecimento forçado. Cada uma das figuras em que se constata um enriquecimento forçado tem uma disciplina diversa e as soluções se justapõem sem a preocupação de criar-se uma disciplina uniforme. Passa-se a examinar o enriquecimento forçado nas situações de benfeitorias e acessões.

II.1.3 AS BENFEITORIAS REALIZADAS POR POSSUIDOR

Consideram-se benfeitorias todas as despesas realizadas para conservar ou melhorar a coisa, sem transformá-la. O Código Civil, em seu artigo 96 distingue entre as benfeitorias voluptuárias, úteis e necessárias:

Art. 96. As benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias.

Parágrafo 1º. – São voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam o uso habitual do bem, ainda que o tornem mais agradável ou sejam de elevado valor.

Parágrafo 2º. – São úteis as que aumentam ou facilitam o uso do bem.

Parágrafo 3º. – São necessárias as que têm por fim conservar o bem ou evitar que ele se deteriore.

Já entre os efeitos da posse, nos artigos 1.219 e 1.220, o Código Civil traça o regime das indenizações por benfeitorias realizadas pelo possuidor e neste momento passa a ser relevante a boa-fé ou a má-fé do possuidor:

Art. 1.219: O possuidor de boa-fé tem direito à indenização das benfeitorias necessárias e úteis, bem como, quanto às voluptuárias, se não lhe forem pagas, a levá-las, quando o puder sem detrimento da coisa, e poderá exercer o direito de retenção pelo valor das benfeitorias necessárias e úteis.

Art. 1.220 – Ao possuidor de má-fé serão ressarcidas somente as benfeitorias necessárias; não lhe assiste o direito de retenção pela importância destas, nem o de levantar as voluptuárias.

Art. 1.221 – O reivindicante, obrigado a indenizar as benfeitorias ao possuidor de má-fé, tem o direito de optar entre o seu valor atual e o seu custo; ao possuidor de boa-fé indenizará pelo valor atual.

As benfeitorias são acessórias da coisa e, na maioria dos casos, aderem à coisa principal de tal maneira que é muito difícil ou até impossível separá-los, sem prejuízo da integridade do bem ou da benfeitoria. Em poucas oportunidades é factível a separação sem sacrifício ou perda do valor do bem principal e da benfeitoria.

Diante destas dificuldades e com base na tradição romana foi estatuído o dever de o proprietário restituir ao possuidor de boa-fé¹⁹⁹ ou até mesmo àquele de má-fé o valor das benfeitorias necessárias.²⁰⁰ Quanto às benfeitorias úteis, somente ao possuidor de boa-fé é devida a restituição do seu valor atual.

¹⁹⁹ “Tem o possuidor de boa-fé direito de reter o bem para se cobrar de indenização pelas benfeitorias realizadas no imóvel, em ação de imissão de posse, sob pena de enriquecimento sem causa do autor.” RESP 31720/SP, 3ª. Turma, STJ, Rel. Min. Dias Trindade, DJU 05/04/1993, p. 5839.

²⁰⁰ Pietro Trimarchi, *op. cit.*, p. 16 entende que o possuidor de má-fé não pode ter o direito ao valor de qualquer benfeitoria quando sua posse tiver sido violenta ou oculta porque não se pode penalizar o proprietário pela sua inércia em proceder os reparos. Inclusive assiste-lhe a opção de deixar que a coisa se deteriore.

Essa restituição de valores opera-se com base nas regras do enriquecimento sem causa, dispostas nos artigos 884 a 886 do Código Civil,²⁰¹ porque são hipóteses em que o ordenamento jurídico curva-se ao propósito de evitar o enriquecimento do proprietário. Note-se que derivam de expressa determinação legal na qual prevalece a opção do legislador. No ordenamento jurídico português, por exemplo, é assegurado tanto ao possuidor de boa-fé quanto ao possuidor de má-fé o recebimento do valor das benfeitorias úteis, desde que não seja possível levantá-las sem detrimento do bem principal (artigo 1.275 do Código Civil Português). Já o Código Civil brasileiro só assegura ao possuidor de boa-fé a restituição das benfeitorias úteis. A solução nacional parece ser mais acertada porque não se pode imputar ao proprietário o ônus de ressarcir ao possuidor de má-fé os custos dos melhoramentos implementados no bem tendo em vista que, não sendo estritamente indispensáveis, poderiam não ter sido feitos, ter sido realizados pelo próprio proprietário, ter sido pagos paulatinamente ou ainda serem obtidos por um custo menor.

O legislador brasileiro optou por uma concepção estritamente objetiva na diferenciação das benfeitorias necessárias, úteis e voluptuárias, ignorando a vontade do proprietário e o destino que este reservava à coisa. Mas parece que essas regras estão a exigir um certo grau de temperança, por exemplo, nos casos em que o valor das benfeitorias necessárias seja tal que coloque o proprietário numa situação de penúria que o impossibilite de cumprir obrigações anteriormente assumidas ou

²⁰¹ Orlando Gomes, *Direitos Reais*, p. 84-5, leciona que. “É que prevalece o princípio segundo o qual ninguém pode enriquecer sem causa. Uma vez que as benfeitorias necessárias são melhoramentos introduzidos na coisa pra conservá-la ou evitar que se deteriore, o proprietário seria forçado a fazê-los, se estivesse na posse da coisa. Encontrando-os feitos, é justo que pague o que com eles foi despendido. Por isso, a obrigação de indenizar não se condiciona à qualidade da posse. **(RA)** O novo Código Civil optou nos artigos 884 a 886 pela via da disciplina legal do enriquecimento sem causa. Chancela a sanção de restituir o indevidamente auferido, sem justa causa, à custa de outrem, com a atualização monetária. Trata de enriquecimento sem causa genericamente considerado (art. 884) como também do enriquecimento sem causa atual (art. 885)”.

obriguem-no a desfazer-se do bem para satisfazer a exigência de restituição do valor das benfeitorias.

II.1.4 ACESSÕES

Acessão é um modo de aquisição da propriedade que deriva do aumento do volume ou do valor do objeto da propriedade, por produção ou por união. O proprietário da coisa principal adquire a propriedade da coisa acessória que se lhe uniu ou incorporou pela ação humana ou causa natural. As conseqüências da acessão estão subordinadas ao princípio de que “o acessório segue o principal”.²⁰²

Desde logo é de se frisar que nem sempre é fácil delimitar ou distinguir as situações em que se está perante benfeitorias daquelas em que se verificam acessões. A solução parece consistir em considerar como benfeitoria a despesa feita para melhorar ou conservar a coisa sem alterar sua substância nem a sua identidade. Já a acessão consiste na união ou incorporação de uma coisa com outra pertencente a proprietário diverso, transformando-a numa coisa nova e distinta ou visando retirar dela utilidades ou proveitos diversos.

O artigo 1.248 Código Civil contempla diversas situações de aquisição da propriedade imóvel por acessão: a) por formação de ilhas; b) por aluvião; c) por avulsão; d) por abandono de álveo; e e) por plantações ou construções. A doutrina também considera como acessão as figuras de aquisição da propriedade móvel

²⁰² Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 173.

descritas pelos artigos 1.269 e 1.272 do Código Civil: a) a especificação;²⁰³ b) a confusão; c) a comissão;²⁰⁴ e d) a adjunção.

Todas essas figuras não são disciplinadas de forma uniforme. Ressalvadas as hipóteses de acessão natural, quando a união ou incorporação da coisa acessória à principal resulta de acontecimento natural, o tratamento legal às diversas formas de acessão é distinto consoante a boa ou má-fé do autor da união, especificação ou incorporação. Em princípio, se estiver de má-fé não pode adquirir a propriedade.

II.1.4.1 Acessões Naturais

A formação de ilhas, o aluvião, a avulsão e o abandono do álveo são formas de acessão natural. Os artigos 1248 a 1252 do Código Civil são dedicados à disciplina destas acessões naturais e regulam de quem é a propriedade imobiliária que se forma ou transforma pela ação das forças da natureza.

É de se referir que a única das acessões naturais que gera o direito a indenização é a avulsão. Se uma porção de terra destaca-se de um prédio e se junta a outro, o proprietário deste último adquirirá também a propriedade do acréscimo, desde que indenize o primeiro dono ou desde que transcorra o lapso temporal de um ano sem que ninguém tenha reclamado tal indenização.

²⁰³ Maria Helana Diniz, Curso de Direito Civil Brasileiro, 4º. volume, p. 275, discorda desse posicionamento ao ponderar que: “Há quem a (a especificação) considere como uma espécie de acessão, porém não se pode acolher esse entendimento porque acessão requer união ou incorporação de uma coisa a outra, o que não ocorre na especificação, que é a transformação definitiva da matéria-prima em espécie nova, por meio de ato humano”.

²⁰⁴ A seção III, do Capítulo III, do Título II, do Livro II do Código Civil de 1916 utilizava o termo “**comistão**”.

A obrigação de o proprietário indenizar o primeiro dono pela porção de terra que se destaca e vai crescer outro imóvel tem sua fonte no dever de restituir o enriquecimento sem causa, pois, em que pese o fato jurídico derivar de um acontecimento da natureza, o favorecido, desde que reclamado no ínterim de um ano desde a junção da porção de terra, deve restituir o equivalente ao valor desta ou aquiescer a que se remova a parte acrescida (artigo 1.251 do Código Civil).

II.1.4.2 Acessões Artificiais ou Industriais

As plantações, semeaduras e edificações são consideradas acessões artificiais ou industriais porque a união ou incorporação dos bens aos imóveis se dá em consequência de um trabalho humano.

Os artigos 1.253 a 1.259 do Código Civil regulam as hipóteses de acessão industrial no ordenamento jurídico brasileiro. Trata-se de um conjunto de regras regidos pelas seguintes diretrizes: considera-se que o solo é a coisa principal e que as sementes, plantas ou materiais seguem a sua sorte e leva-se em conta a boa-fé ou má-fé dos envolvidos.

Note-se que, em regra, o dono do solo adquire a propriedade das sementeiras, plantações e construções e a boa ou má-fé influi, tão-somente, no direito à indenização. A construção realizada não pode ser considerada benfeitoria,

e sim acessão, não sendo devida indenização pela quando feita irregularmente.²⁰⁵

Faz-se exceção a esta regra geral nas hipóteses em que as construções que invadem o terreno vizinho têm importância econômica superior àquela dos terrenos onde se levantam. Na expressão de Orlando Gomes, “Tornam-se, por assim dizer, *bem principal*, por seu valor”.²⁰⁶

Pode-se traçar o seguinte quadro da disciplina das acessões industriais no Código Civil:

²⁰⁵ “De acordo com os arts. 63, 66, 490, 515 a 519, 535 V, 536 e 545, do código Civil Brasileiro, a construção realizada não pode ser considerada benfeitoria, e sim como acessão (art. 536, V, CC), não cabendo, por tal razão, indenização pela construção irregularmente erguida. O direito à indenização só se admite nos casos em que há boa fé do possuidor e seu fundamento sustenta-se na proibição do ordenamento jurídico ao enriquecimento sem causa do proprietário, em prejuízo do possuído de boa-fé.” RESP 401287/PE, 1ª. Turma, STJ, rel. Min. José Delgado, DJ 22.04.2002, p. 178. No mesmo sentido RESP 245758/PE, 1ª. Turma, STJ, rel. Min. José Delgado, DJ 15/05/2000, p. 114.

²⁰⁶ Orlando Gomes, *op. cit.*, p. 184.

	Proprietário do terreno de boa-fé	Proprietário do terreno de má-fé	Proprietário das sementes, plantas e materiais de boa-fé	Proprietário das sementes, plantas e materiais de má-fé
Semeadura, plantação ou construção em terreno próprio com sementes, plantas ou materiais alheios. (CC – art. 1.254)	Adquire os insumos e deve pagar ao seu dono o seu valor.	Se sabe que os insumos não lhe pertencem, adquire-os e deve pagar ao seu dono o seu valor, mais perdas e danos		
Semeadura, plantação ou construção em terreno alheio com sementes, plantas ou materiais próprios.		Adquire os insumos mas fica obrigado a pagar o valor ao seu dono. A má-fé é presumida se o trabalho de lavoura ou construção se fez em sua presença sem sua impugnação. (CC – art. 1.256)	Perde, os insumos em proveito do proprietário do terreno, com direito a indenização. (Art. 1255) Se o valor da construção ou plantação exceder consideravelmente o valor do terreno, adquire a propriedade do terreno mediante pagamento de indenização (CC – art. 1.255, § ún.)	Perde, os insumos em proveito do proprietário do terreno, sem direito a indenização e fica obrigado a repor as coisas no estado anterior e a pagar os prejuízos.
Semeadura, plantação ou construção de boa-fé em terreno alheio com sementes, plantas ou materiais alheios.	Adquire os insumos e pode ter de pagar por eles a quem os empregou de boa-fé ou ao seu proprietário.		Pode cobrar o valor dos insumos de quem plantou ou construiu ou do proprietário do solo (CC – Art.1.256)	
Construção feita parcialmente em solo próprio que invade solo alheio em proporção não superior à vigésima parte deste.			Adquire a propriedade da parte do solo invadido, se o valor da construção exceder o dessa parte, e responde por indenização que represente o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente. (CC – Art. 1.258)	Se não puder demolir a porção invasora sem grave prejuízo para construção e se o valor da construção exceder o dessa parte, adquire a propriedade da parte do solo invadido, mediante o pagamento de indenização que represente o décuplo do valor da área perdida e da desvalorização da área remanescente (CC – Art. 1.258, § ún.).
Construção feita parcialmente em solo próprio que invade solo alheio em proporção superior à vigésima parte deste.			Adquire a propriedade da parte do solo invadido e responde por indenização que represente o valor que a invasão acrescer a construção, o valor da área perdida e a desvalorização da área remanescente. (CC – Art. 1.259)	Fica obrigado a demolir o que nele construiu e a pagar em dobro as perdas e danos apurados. (CC – Art. 1259)

LEGENDA



Hipóteses em que a obrigação de restituir o valor das acessões decorre do enriquecimento sem causa

Hipóteses em que a obrigação de ressarcir o valor dos danos gerados pelas acessões decorre da responsabilidade civil

Exposta a disciplina do Código Civil para a acessão industrial, cumpre agora apontar a relação entre o enriquecimento sem causa e a acessão industrial. Para tanto, foram assinaladas no quadro as hipóteses em que a obrigação de restituir o valor das acessões decorre do enriquecimento sem causa, diferenciando-as daquelas hipóteses em que as acessões implicam ressarcimento de danos nos quadros da responsabilidade civil subjetiva.

Conforme anteriormente aludido, não é evidente, em geral, a distinção entre reparação do dano na responsabilidade civil e restituição do enriquecimento sem causa, podendo inclusive se apresentar como as faces de uma mesma moeda ou serem complementares. Esta situação talvez explique mas não justifique a grande variedade e imprecisão das expressões utilizadas pela lei civil para designar as obrigações geradas como consequência das acessões industriais: pagar o valor (CC – art. 1.253); responder por perdas e danos (CC - art. 1.253 e art. 1.259); direito a indenização; pagamento da indenização (CC – art. 1.255); ressarcir o valor das acessões (CC - art. 1.256); cobrar a indenização devida (CC – art. 1.257); responder por indenização (CC – art. 1.258).

A questão é distinguir se se está perante hipóteses de reparação de um dano, de indenização no âmbito da responsabilidade civil ou diante de situações em que se impõe a restituição de um enriquecimento. A resposta a essa questão não pode deixar de ter em conta que, em que pese a acessão industrial poder resultar de um erro não intencional de seu autor, ela em regra resulta de uma conduta humana intencional e que seu autor pode estar agindo de boa ou má-fé.

A responsabilidade civil exige, de regra, a culpa do lesante. Esta culpa é evidente quando o autor da acessão age de má-fé e também se evidencia quando ele age de boa-fé mas com negligência. Mas não se pode olvidar as situações em que age de boa-fé e sem qualquer grau de culpabilidade. Ou também a situação do

proprietário do imóvel que age de boa-fé e, em geral, só vem a ter conhecimento da acessão quando ela já é um fato consumado. Nestas duas últimas situações, em face da ausência de culpa, não há que se falar em responsabilidade civil, nem mesmo numa hipotética responsabilidade civil objetiva, porque supor um risco ou perigo no simples fato de ser proprietário é no mínimo uma interpretação forçada da realidade.

Assim, ausente a culpa do proprietário do imóvel ou daquele que planta, semeia ou constrói o que está em jogo não é a reparação de um dano, mas a restituição de um enriquecimento. Esta posição não é meramente retórica, mas tem implicações práticas. Partindo do pressuposto de que no âmbito do enriquecimento sem causa, o enriquecido deve restituir o seu enriquecimento real, mas estando de boa-fé esta obrigação está limitada ao valor de seu enriquecimento patrimonial, o montante da restituição varia sobremaneira.

Um exemplo revela-se elucidativo: A, de boa-fé, constrói no prédio de B, sem que este saiba, uma obra cujo custo é de 150. Ocorre que esta obra acresce ao valor da totalidade do prédio apenas 100. Por força do disposto no artigo 1.255 do Código Civil, A terá direito a indenização, mas em que valor? Raciocinando nos quadros da responsabilidade civil o montante da indenização será de 150 porque equivalente às despesas/danos de A, mas estará sendo admitida uma responsabilidade civil que, além de independe de culpa, não requer qualquer conduta voluntária do proprietário do imóvel. Parece mais equânime a solução que admite que se está diante de uma obrigação de restituir o valor real de um enriquecimento, valor este limitado ao enriquecimento patrimonial do proprietário do imóvel, no exemplo citado o montante de 100.

Emprestam-se as palavras de VIEIRA GOMES para concluir que,

Em suma, pensamos que só pode haver lugar, no contexto da acessão, a responsabilidade civil quando se puderem afirmar os pressupostos normais desta e, designadamente, a ilicitude e a culpa. Quando tais pressupostos não estiverem presentes, o que existe é um afloramento do enriquecimento sem causa, impondo-se a aplicação, com algumas adaptações, das regras do instituto do enriquecimento sem causa como fonte autónoma de obrigações.²⁰⁷

II.1.4.3 Especificação

Ocorre especificação quando uma coisa móvel pertencente a alguém é transformada em espécie nova pelo trabalho de outrem (escrita, desenho, pintura, gravura, escultura, impressão etc.) e passa a pertencer a este último.

De acordo com os artigos 1.269 a 1.271 do Código Civil, sempre que o especificador esteja de boa-fé ou estando de má-fé mas o valor da espécie nova exceder consideravelmente o da matéria-prima e em não sendo possível reduzir a matéria-prima à forma anterior, ele se tornará proprietário da espécie nova, ficando obrigado a ressarcir os danos do prejudicado.

Aplica-se a esta indenização a solução apontada para os casos de acessão industrial: estando o especificador de boa-fé, o ressarcimento de danos do prejudicado obedece às regras de restituição do enriquecimento forçado.

²⁰⁷ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 374.

II.1.4.4 Confusão, Comissão e Adjunção

A comissão, a confusão e a adjunção são modos de aquisição de propriedade móvel e pressupõem a mescla ou união de coisas móveis de proprietários diversos, realizadas sem entendimento prévio entre eles e sem a possibilidade de separação das coisas misturadas, confundidas ou adjuntas.

Operada a comissão, confusão ou adjunção caberá a cada um dos donos quinhão proporcional ao valor da coisa com que entrou para a mistura ou agregado (CC – art. 1.272, § 1º). Mas se uma das coisas puder considerar-se principal pelo valor ou importância, seu dono sê-lo-á do todo, indenizando os outros, por força de uma obrigação derivada do enriquecimento sem causa (CC – art. 1.272, § 2º) .

Em havendo má-fé de um dos proprietários das coisas confundidas, misturadas ou adjuntas, caberá ao outro proprietário escolher entre adquirir a propriedade do todo e pagar o que não for seu de acordo com os critérios da restituição do enriquecimento sem causa e abatidos as perdas e os danos sofridos ou optar por renunciar ao que lhe pertencia e ser indenizado nos moldes da responsabilidade civil aquiliana.

II.2 O PAGAMENTO INDEVIDO

Quando um indivíduo (*accipiens*) recebe um pagamento sem que exista uma causa jurídica para tanto, ele será obrigado a restituí-lo a quem pagou (*solvens*), nos quadros do pagamento indevido. A aplicação mais simples deste princípio são os casos de pagamento excessivo ou por engano. Mas as regras também são aplicáveis em situações mais complexas geradas em transações comerciais muito intrincadas nas quais é difícil distinguir a origem dos pagamentos. Também nestes casos tem plena aplicabilidade o princípio que determina que os pagamentos indevidos devem ser restituídos a quem os efetivou.

II.2.1 O PAGAMENTO INDEVIDO COMO MODALIDADE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA

Em sede de pagamento indevido a primeira questão que se coloca é a de se saber se o correto é considerá-lo como uma modalidade do enriquecimento sem causa ou reconhecer sua autonomia.

O Código Civil brasileiro, como é sabido, optou por incluir a matéria nos artigos 876 a 883, no Título VII, do Livro I da Parte Especial entre os atos unilaterais, logo antes dos dispositivos que disciplinam o enriquecimento sem causa. Parece todavia que a técnica legislativa deixou de observar a melhor doutrina e pecou ao

não subordinar a espécie 'pagamento indevido' ao gênero 'enriquecimento sem causa'.²⁰⁸

É bem verdade que outros ordenamentos jurídicos latinos como o francês e o italiano não inserem a disciplina do pagamento indevido no contexto do enriquecimento sem causa. Esta diferenciação origina-se do fato de que se considera que a restituição fundada no enriquecimento sem causa é sempre dirigida a recompor um enriquecimento patrimonial, ou seja, uma diferença patrimonial-contabilística entre a situação atual e a situação hipotética do patrimônio do enriquecido se não se tivesse operado novo aporte. É óbvio que a restituição do pagamento indevido não se enquadra nesta premissa e, portanto, faz-se necessário autonomizá-lo para que se justifique a possibilidade de repetição do enriquecimento real. Também contribui para dicotomia entre pagamento indevido e enriquecimento sem causa a aceitação da subsidiariedade da restituição fundada neste último. Somente destacando a repetição do indébito como instituto diverso é que se pode eximi-la do caráter subsidiário que ela evidentemente não comporta.²⁰⁹

Parece, todavia, mais acertado adotar o modelo português²¹⁰ e encarar o pagamento indevido como uma modalidade do enriquecimento sem causa. Isto é possível na medida em que consideramos que a restituição do enriquecimento sem causa deve abranger o enriquecimento real, limitado ao patrimonial nos casos de

²⁰⁸ Nesse sentido já se pronunciou Newton de Lucca, *Comentários ao Novo Código Civil – Dos Atos Unilaterais. Dos Títulos de Crédito.*, Volume XII, p.76. “Pelo fato de tratar-se de modalidade do locupletamento ilícito, talvez a inserção desse instituto no Código pudesse ter sido mais apropriada se suas disposições tivessem vindo logo após o Capítulo referente ao enriquecimento sem causa, e não na ordem inversa, como constou.” E também Luís Manuel Teles de Menezes Leitão, *O enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro*, p. 25: “Por outro lado, o Código, na seqüência dos Códigos de raiz francesa, autonomiza o pagamento indevido em relação ao enriquecimento sem causa, quando tal pagamento constitui manifestamente uma hipótese de enriquecimento sem causa.”

²⁰⁹ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 502-03.

²¹⁰ O Código Civil Português inclui as regras que disciplinam o pagamento indevido, nos artigos 475º. e seguintes, do Capítulo II, Seção IV que trata do Enriquecimento sem causa.

boa-fé do enriquecido, e que o requisito da subsidiariedade da ação de enriquecimento não é sustentável.

II.2.2 PAGAMENTO INDEVIDO OBJETIVO E PAGAMENTO INDEVIDO SUBJETIVO

O pagamento indevido está disciplinado pelos artigos 876 a 883 do Código Civil. Entende-se por pagamento ou cumprimento a realização do ato de fazer, de não fazer ou de dar a que o devedor se encontra obrigado por força da obrigação legal ou negocial preexistente. **Quando o pagamento é devido extingue a obrigação, mas quando indevido cria a obrigação de restituir.**²¹¹

A doutrina distingue na repetição do indébito o *indevido objetivo*, que são as situações em que se cumpre uma dívida inexistente, e o *indevido subjetivo*, que compreende as situações de cumprimento de dívida alheia na convicção errônea de ser própria ou aquelas situações em que se cumpre uma dívida própria e existente, mas ao credor errado.

²¹¹ Newton de Lucca, *op. cit.*, p. 76.

II.2.2.1 Indevido Objetivo

O artigo 876 regula a repetição do indevido objetivo ao estatuir que: “Todo aquele que recebeu o que não lhe era devido fica obrigado a restituir; obrigação que incumbe àquele que recebe dívida condicional antes de cumprida a condição.”²¹²

Exigem-se três requisitos para a configuração do pagamento indevido objetivo:

a) *Que se efetue um pagamento ou adimplemento de prestação com a intenção de cumprir uma obrigação* – O que importa é que haja um pagamento tendente ao cumprimento de uma obrigação. Usualmente o adimplemento ocorre porque o autor do cumprimento acredita erroneamente na existência de uma obrigação em relação ao *accipiens*. A intenção solutória, à primeira vista, parece inconciliável com outro estado de espírito que não seja o do erro acerca da existência da obrigação.²¹³ O artigo 877 do novo Código Civil estatui que “*Aquele que voluntariamente pagou o indevido incumbe a prova de tê-lo feito por erro*”. A repetição do indébito só é devida quando o autor do cumprimento voluntário efetuou-o por erro²¹⁴, já que consentir na repetição para aquele que fez o pagamento tendo consciência de que o mesmo era

²¹² Pelo parágrafo único do artigo 42 da Lei n.º 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), o consumidor cobrado em quantia indevida terá também direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso acrescido de correção monetária e juros legais, exceto se houver engano justificável.

²¹³ João de Matos Antunes Varela, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, p. 496-97.

²¹⁴ Newton de Lucca, *op. cit.*, p. 82, considera que o novo Código Civil adota a teoria subjetiva no que tange ao pagamento indevido, por exigir a prova do erro do *solvens*. Mas adverte que isso não significa dizer que na ausência do erro será incabível a restituição porque, segundo o autor, aquele que pagou voluntariamente o que sabia não ser devido poderá pleitear a restituição com base na cláusula geral de restituição do enriquecimento sem causa (art. 884 do novo Código Civil).

indevido representaria autorizar um *venire contra factum proprium* do *solvens*.²¹⁵ Em outras palavras, o conhecimento pelo *solvens* de que a dívida é inexistente constitui, em si mesmo, um fundamento para a retenção da prestação pelo *accipiens*, até porque quem voluntariamente paga o que sabia não ser devido, revela sua intenção de fazer uma doação e não um pagamento.²¹⁶

Nas hipóteses em que o pagamento é feito involuntariamente mediante coação do *solvens*, por parte de *accipiens* ou de terceiros, não há porque negar o direito à repetição, uma vez que o *solvens* foi forçado a pagar o que não devia.²¹⁷

b) *Que a obrigação não exista, pelo menos diante daquele destinatário* – É preciso que a obrigação saldada não exista, ou que já não exista mais, pelo menos diante daquele destinatário, ou ainda, sendo sujeita a condição suspensiva esta não se tenha verificado à data do cumprimento. Se a obrigação existir, mas com um conteúdo inferior ao da prestação, a repetição só valerá quanto à diferença. Nos casos em que se trate de um crédito existente mas não vencido na data do

²¹⁵ Segundo João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 497, em Portugal o entendimento é diferenciado. O erro do *solvens* no ato do cumprimento não é essencial à possibilidade de repetição do indevido. Existem algumas situações em que o autor do cumprimento tem dúvidas sobre a existência da obrigação ou até mesmo sabe de sua inexistência e ainda assim opta por efetuá-lo, como, por exemplo, quando, na dúvida, efetua a prestação para acautelar as consequências de eventual mora e adia os esclarecimentos sobre a existência da obrigação, quando efetua o pagamento para evitar os incômodos de uma discussão ou as despesas de um litígio para apurar a efetiva existência do débito. Aliás, Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 527 é francamente contrário à exigência da consciência do erro por parte do *solvens*: “A exigência (feita no passado) de que o *solvens* tenha pago por erro, ou mesmo a consideração do erro como fundamento da repetição é uma tese inequivocamente conexcionada com uma determinada fase histórica, em que a tradição tinha efeito translativo. A manutenção deste requisito do erro pode significar, na prática, como também o mesmo autor destaca, que as regras sobre a transferência negocial, mesmo naqueles sistemas, como o nosso, em que tais regras aparecem dominadas pelo princípio consensualista, acabam por ser objecto de uma espécie de curto-circuito, pelas regras de carácter restitutório.”

²¹⁶ A decisão proferida no RESP 453769/RS, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 31.03.2003, p. 220 é contrária a este entendimento: “Aquele que pagou o que não devia, deve fazer a restituição, sob pena de enriquecimento indevido, pouco relevando a prova do erro no pagamento.” No mesmo sentido RESP 505734/MA, 3ª. Turma, STJ, rel. Min Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 23/06/2003, p. 369.

²¹⁷ Maria Helena Diniz, *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 3º. Vol, p. 735.

cumprimento, a repetição estará limitada àquilo com que o credor se enriqueceu mediante antecipação do cumprimento.

c) *Que não exista, por detrás do cumprimento, uma obrigação natural (dever de ordem moral ou social judicialmente inexigível) ou prescrita* – A repetição do indébito é excluída pela existência de uma obrigação natural.²¹⁸ Para tal, porém, é preciso que o dever moral ou social exista realmente e que ele recaia sobre o *solvens*, pois, sem dúvida, pode-se repetir uma prestação realizada com o propósito do cumprimento de uma obrigação natural que de fato não existisse. Também é excluída a repetição de dívida paga após ter-se verificado a prescrição. É este o teor do artigo 882 do novo Código Civil: *“Não se pode repetir o que se pagou para solver dívida prescrita, ou cumprir obrigação judicialmente inexigível.”*

O novo Código Civil, em seu artigo 883, ainda faz referência à irrepetibilidade das coisas dadas para obter fins ilícitos, imorais ou proibidos por lei. É uma aplicação direta do brocardo *'A ninguém é lícito tirar partido da própria torpeza'*. O direito nega proteção àquele que realiza negócio contrário ao próprio direito e que deverá assumir os riscos envolvidos.

O parágrafo único deste artigo 883 estatui que, nestes casos, o que se deu reverterá em favor de estabelecimento local de beneficência, a critério do juiz. Todavia, como bem ponderou FERNANDO DE NORONHA analisando dispositivo similar – art. 885, parágrafo único, do Projeto de Código Civil, esta solução, embora calcada em muito boas intenções, parece estar muito distanciada da realidade porque se não se

²¹⁸ O Código Civil português consagra a seguinte noção de obrigação natural: “Artigo 402º. – A obrigação diz-se natural, quando se funda num mero dever de ordem moral ou social, cujo cumprimento não é judicialmente exigível, mas corresponde a um dever de justiça.”

conceder nada ao empobrecido é altamente improvável que estes casos sequer cheguem ao conhecimento do juiz.²¹⁹

II.2.2.2 Indevido Subjetivo

O indevido subjetivo tem um regime bastante diferenciado. São os casos de cumprimento errôneo de obrigação alheia. O *solvens* efetua a prestação sob a convicção errônea de ser o devedor de uma obrigação efetivamente existente. A obrigação existe, mas o obrigado é um terceiro. Aqui deve-se ter em conta não somente os interesses do *solvens* equivocado, mas também as legítimas expectativas *accipiens*.

A regra geral da possibilidade de o *solvens* que efetua o pagamento na errônea suposição de existência da obrigação obter a repetição do indébito sofre uma exceção nos casos em que o *accipiens* recebe o pagamento como parte de dívida verdadeira e se expõe a sofrer um dano porque existia uma confiança de sua parte no pagamento efetuado. Este dano pode decorrer de comportamentos do *accipiens* como destruir o título, abdicar das garantias do crédito, deixar prescrever ou caducar. Nestes casos o *accipiens* fica isento de restituir o pagamento indevido e se reserva ao *solvens* o direito de dirigir sua pretensão restitutória de enriquecimento sem causa contra o verdadeiro devedor e seu fiador. É este o teor do artigo 880 do novo Código Civil: *“Fica isento de restituir pagamento indevido aquele que, recebendo-o como parte de dívida verdadeira, inutilizou o título, deixou prescrever a*

²¹⁹ Fernando De Noronha, *Enriquecimento sem causa*, in Revista de Direito Civil, Agrário e Empresarial no. 56, p. 75. Neste sentido também se manifestou Newton De Lucca, *op. cit.*, p. 95: “O legislador de 2002 inovou ao acrescentar ao dispositivo o parágrafo único, determinando ao juiz que destine a um estabelecimento beneficente o valor objeto da prestação reprovável. Tal solução, sem dúvida, merece elogios do ponto de vista ético e teórico mas, na prática, talvez não gere grandes repercussões.”

*pretensão ou abriu mão das garantias que asseguravam seu direito; mas aquele que pagou dispõe de ação regressiva contra o verdadeiro devedor e seu fiador.*²²⁰

VIEIRA GOMES esclarece que no ordenamento jurídico português para que se justifique a *retentio* por parte do *accipiens*, além do perigo objetivo para o *accipiens* de não conseguir satisfazer o seu crédito em virtude de comportamentos que assumiu por ter confiado na validade e no caráter definitivo do pagamento efetuado se exige mais um elemento concomitantemente: a boa-fé do *accipiens*, ou seja, o desconhecimento por este do erro em que o autor da prestação se encontrava. Parece que este segundo elemento também é compatível e exigível no ordenamento jurídico brasileiro. Não se pode privilegiar com a retenção do indébito o *accipiens* que de má-fé recebe o pagamento ciente de que aquele que o efetua não é o verdadeiro devedor.²²¹

Freqüentemente essa situação de pagamento do indevido subjetivo, na hipótese em que o *solvens* cumpre uma obrigação alheia na convicção errônea de que é própria, é assimilada a um cumprimento de obrigação por terceiro anulável por erro. Mas este não é um raciocínio correto. O cumprimento por terceiro não consiste exclusivamente numa declaração de vontade do *solvens*. É uma *fattispecie* mais complexa em que há que se investigar a relação entre a efetiva execução da prestação e a intenção de imputar a prestação a uma determinada relação obrigacional que se pretende extinguir. Nas palavras de SCHLESINGER, “o erro (no pagamento do indevido subjetivo) não é considerado da perspectiva de um vício da

²²⁰ Os dispositivos do novo Código Civil que disciplinam o pagamento corroboram com a orientação traçada pelo artigo 880.

Art. 305 – O terceiro não interessado, que paga a dívida em seu próprio nome, tem direito a reembolsar-se do que pagar; mas não se sub-roga nos direitos do credor.

Art. 306 – O pagamento feito por terceiro, com desconhecimento ou oposição do devedor, não obriga a reembolsar aquele que pagou, se o devedor tinha meios para ilidir a ação.

²²¹ Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 521.

vontade, mas sim com pressuposto para que a prestação efetuada venha a encontrar-se *sine causa* e seja assim repetível”.²²²

Ainda há que examinar uma outra hipótese de indevido subjetivo. O autor da prestação é realmente devedor, mas efetua a prestação a quem não era o credor.²²³ Considerando que o *accipiens*, que não era titular do crédito correspondente, enriqueceu sem causa à custa do autor da prestação ele será obrigado a restituir.²²⁴ A restituição deve ser pleiteada pelo *solvens* e não diretamente pelo verdadeiro credor. A este último compete pleitear o seu pagamento perante o *solvens*,²²⁵ já que '*quem paga mal paga duas vezes*'.²²⁶

²²² Piero Schlesinger, *L'indebito soggettivo "ex latere solventis" e la sua influenza sul rapporto obbligatorio*, Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazione, 1957, ano LV, Parte Prima, p. 68, *apud*, Julio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 549-550.

²²³ “Aquele que indevidamente recebe um pagamento, sem justa causa, tem o dever de restituir, não tolerando o ordenamento positivo o locupletamento indevido de alguém em detrimento de outrem.” RESP 345295, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 29/04/2002, p. 249. Neste sentido RESP 383536/PR, 4ª. Turma, STJ, rel. Min Sálvio de Figueirdo Teixeira, DJ 29.04.2002, p. 251.

“Reconhecido nos autos que ocorreu enriquecimento sem causa, ainda que não haja má-fé do *accipiens*, mas diante do lapso de tempo entre o crédito indevido e sua correspondente devolução, não há como negar o direito à correção monetária do quantum tardiamente restituído.” RESP 132094/RN, 2ª. Turma, STJ, rel. Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.03.2005, p. 299.

²²⁴ João de Matos Antunes Varela, *op. cit.*, p. 499.

²²⁵ O artigo 308 do novo Código Civil assim dispõe: Art. 308 – O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

²²⁶ Roger Lenoan, *Du recours du veritable créancier contre celui qui a reçu indument un paiement a sa place*, Revue Trimestrielle de Droit Civil 1923, p. 925 e segs., *apud* Julio Manuel Vieira Gomes, p. 558-561, vislumbra um mecanismo para que o verdadeiro credor dirija-se diretamente ao terceiro que erroneamente recebeu o pagamento. O autor entende que é possível considerar o terceiro que recebeu o pagamento como um gestor de negócios (ainda que inconsciente) do verdadeiro credor. Se o terceiro voluntariamente transferisse o que recebeu ao verdadeiro credor, não se estaria diante de um caso de pagamento indevido, mas de gestão de negócios. Na opinião do autor, mesmo que o terceiro não procedesse à restituição voluntária da prestação ao verdadeiro credor, este poderia aprovar a gestão de negócios e chamar a si seus resultados úteis. O problema desta tese parece ser o fato de que ela desconsidera que o *solvens* deve ter uma representação correta da pessoa de seu credor no momento do pagamento.

II.3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO NO PATRIMÔNIO ALHEIO

A cláusula geral da proibição do enriquecimento sem causa contempla as situações em que alguém obtém um enriquecimento por uma ingerência não autorizada no patrimônio alheio, como sucederá nos casos de uso, consumo, fruição ou disposição de bens alheios; prestação de serviços não contratados; lucro por intervenção; intervenção na propriedade industrial e nos direitos da personalidade.

Tratar-se-á de cada uma dessas situações, todavia, uma advertência prévia se faz necessária: a pretensão dirigida contra o enriquecido visará sempre a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor,²²⁷ sem qualquer preocupação em puni-lo pela ilicitude de sua intromissão na esfera jurídica alheia²²⁸

²²⁷ Segundo Luís Manuel de Menezes de Leitão, *O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro*, p. 29, “O fim da pretensão será a recuperação da vantagem patrimonial obtida pelo interventor, o que ocorrerá sempre que, de acordo com a repatificação dos bens efetuada pela ordem jurídica, essa vantagem se considere como pertencente ao titular do direito”.

²²⁸ No contexto desse estudo não será abordada a questão da redescoberta da pena privada, embora saiba-se que a doutrina reacendeu o debate sobre o sentido e as tarefas que competem à responsabilidade civil e seu alcance. Cabe, entretanto, ter em mente – com base nas reflexões de Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 735-759 – que a questão se insere em um cenário que já superou a dicotomia própria do liberalismo jurídico que via uma clara divisão entre o Direito Público e o Direito Privado e em que se visa revitalizar o fundamento ético da responsabilidade civil num movimento que acentua ‘o emergir do direito civil cada vez mais como *direito constitucional das pessoas*’ (a expressão é de Antônio Pinto Monteiro, *Cláusula Penal e Indenização*, p. 655). Neste cenário, a doutrina vem redescobrando a pena privada como medida complementar à responsabilidade civil cujo modelo reparatório não se tem revelado capaz de constituir uma medida eficaz de índole preventiva-sancionatório. Tome-se, por exemplo, o chamado *curto circuito do contrato* que ocorre quando o agente prefere evitar o contrato e utilizar o atalho da responsabilidade civil, o que é socilmente indesejável já que as transações voluntárias são preferíveis às involuntárias, pois o titular de um bem não tem apenas o direito de utilizá-lo e receber seus frutos, mas também a expectativa legítima de decidir como e quando fazê-lo ou aliená-lo.

Note-se que no espaço anglo-saxônico não vigora o dogma próprio da *civil law* que atribui à responsabilidade civil o único escopo de restituir o dano produzido. O *common law* admite a fixação dos *PUNITIVE DAMAGES* que consistem na condenação infringida ao agente de pagar uma indenização superior ao dano que o lesado efetivamente sofreu em virtude da conduta ilícita.

ou em obter a reparação de danos. Essas funções são melhor realizadas por outros institutos jurídicos como a responsabilidade civil ou o direito penal. Muitas vezes, um mesmo fato pode desencadear diversas reações do ordenamento jurídico, e, não raro, o enriquecimento sem causa é somente uma das respostas possíveis e coexistentes.

II.3.1 USO, CONSUMO E FRUIÇÃO DE BENS ALHEIOS

Quando um indivíduo usa, goza ou frui de um bem alheio, sem que exista uma situação jurídica de caráter legal ou negocial que lho faculte, é possível que deste comportamento derive uma obrigação de restituir o enriquecimento ou vantagem obtidos.

O consumo de bens alheios (bebidas, cigarros, fertilizantes) e o uso ou fruição da propriedade de outrem (casa de veraneio, carro) são situações em que se observa a intromissão em direitos ou bens jurídicos alheios e o conseqüente enriquecimento. Este enriquecimento é caracterizado por uma poupança de despesas e não um aumento patrimonial.

Não é qualquer situação de uso ou fruição de bem alheio que subsidia o exercício da ação de enriquecimento. Pode acontecer que esta ingerência no patrimônio de outrem tenha sido consentida por um determinado período de tempo ou até um certo limite. Nestes casos, somente o desaparecimento da justa causa presente é que dá azo à caracterização do enriquecimento sem causa.

Note-se que para a avaliação dos casos em que a poupança de despesas pode ser objeto da restituição do enriquecimento sem causa é fundamental a análise

do estado subjetivo do enriquecido. O comportamento da parte deve constantemente ser levado em consideração porque o objeto da restituição é o enriquecimento real. Mas ele é limitado pelo enriquecimento patrimonial caso o enriquecido esteja de boa-fé. Assim, a boa-fé exime da restituição por enriquecimento sem causa aquele que, ao consumir ou usar o patrimônio alheio, efetuou poupança de despesas. Isto porque não se observa qualquer variação patrimonial para maior quando alguém, por exemplo, bebe o whisky do amigo ou passa um fim de semana na casa de veraneio de um colega.

II.3.2 DISPOSIÇÃO DE DIREITOS ALHEIOS

Outra hipótese em que se pode ponderar a aplicação do enriquecimento sem causa por intervenção é a de disposição de direitos alheios. Por exemplo, A vende sucessivamente o mesmo bem a B e a C, mas por conta de precedência do registro de aquisição, acaba por prevalecer a propriedade de C. Assiste uma pretensão de restituição por parte de B contra A equivalente ao valor da coisa.

O artigo 879 do novo Código Civil regula outra situação de enriquecimento sem causa por disposição de direitos alheios, consubstanciado na alienação de imóvel indevidamente recebido. Este dispositivo legal estatui que: “Se aquele que indevidamente recebeu um imóvel o tiver alienado em boa-fé, por título oneroso, responde somente pela quantia recebida; mas, se agiu de má-fé, além do valor do imóvel, responde por perdas e danos.”²²⁹

²²⁹ O parágrafo único, do artigo 879 do novo Código Civil, está assim redigido: “Se o imóvel foi alienado por título gratuito, ou se, alienado por título oneroso, o terceiro adquirente agiu de má-fé, cabe ao que pagou por erro o direito de reivindicação.” Este parágrafo regula os casos de alienação gratuita e de alienação ao terceiro de má-fé, garantido ao proprietário original o direito de reivindicação e, portanto, solução que refoge aos quadros do enriquecimento sem causa.

O legislador preferiu valorizar a estabilidade e confiança das relações negociais realizadas. Privilegiou o adquirente de boa-fé e preteriu o proprietário original ao impedir que este reivindique o bem indevidamente entregue. Assiste a este proprietário tão somente o direito de reaver o valor recebido pelo alienante se este estiver de boa-fé, e se estiver de má-fé também perdas e danos comprovados.

II.3.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO

A prestação de serviços não contratualmente solicitados, como é o caso do viajante clandestino, também é uma situação que pode ser eqüacionada através do instituto do enriquecimento sem causa. Nessa seara dois vetores opostos se contrapõem: aquele que recebeu o serviço argumenta que não acordou na sua realização e que tal serviço carece para si de qualquer valor ou que se tivesse de pagar jamais o teria recebido; aquele que prestou o serviço almeja uma proteção jurídica por uma perda sofrida, traduzida na aplicação de sua força de trabalho e no conseqüente dispêndio de energias.

Como considera-se que, ao menos em primeira linha, o escopo ou função do enriquecimento sem causa é a restituição de um valor, é de se admitir que seja devida a restituição de um valor ou a compensação de um serviço. Não pode o obrigado a restituir tentar eximir-se da obrigação de restituir o valor da vantagem recebida porque isto representaria um '*venire contra factum proprium*'.

Para determinar o que é que o agente obteve e deve restituir nas hipóteses em que recebe um serviço ou uma prestação de trabalho é necessário, uma vez mais, recorrer à diferenciação entre enriquecimento real e patrimonial e levar em conta o estado subjetivo do agente. Se o agente obra de má fé para receber um

serviço não contratado deverá restituir seu enriquecimento real que corresponde ao valor objetivo da prestação. Se, pelo contrário, o agente recebe os serviços de boa-fé deverá devolver apenas o equivalente ao reflexo positivo deste fenômeno em seu patrimônio e não a poupança de despesas verificada porque não pagou pelos serviços recebidos.²³⁰

II.3.4 LUCRO POR INTERVENÇÃO

Muitas vezes a intervenção ou ingerência de uma pessoa nos direitos ou bens jurídicos alheios, quer se trate do uso, do consumo ou da alienação desses bens, acaba por trazer uma vantagem patrimonial ao autor daquela ingerência ou intervenção. A esta vantagem chama-se “lucro por intervenção”, “lucro da intervenção”²³¹ ou “lucro por intromissão”. A questão que se coloca é a de se saber se aquele que obtém lucro da intervenção está obrigado a entregá-lo ao titular do direito e, em caso positivo, em que medida e com que fundamento.

O ato de intervenção na esfera jurídica alheia pode ou não gerar uma obrigação de indenizar fundada na responsabilidade civil, pode ou não causar um dano ao titular do direito e, ainda, causando um dano, este pode ser igual, superior ou inferior ao enriquecimento resultante da intervenção, se é que este enriquecimento se verificou.

²³⁰ Nas palavras de Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 289, “Daí a ‘normativização’ do argumento da poupança de despesas que só poderia ser aduzido quando o enriquecido está de boa fé. Desta forma, mesmo aqueles autores que, em princípio, apenas atendem nestes casos ao enriquecimento patrimonial, acabam por disntiguir consoante o ‘enriquecido’ esteja de má-fé, hipótese em que terá de ‘restituir’ o valor objectivo (do serviço, do uso ou do consumo) mesmo que não haja enriquecimento patrimonial, ou de boa fé, caso em que se impõe a restituição do saldo positivo no seu património.”

²³¹ Francisco Manuel Pereira Coelho escreveu uma notável monografia sobre o tema intitulada “*O enriquecimento e o dano*”.

Nesta temática é de ter-se em conta que pode dar-se que o agente cometa um ilícito e deste ilícito resulte um lucro. O ilícito seria cometido “cnicamente” visando à aferição de lucro. O agente previamente ponderaria os custos potenciais que a reparação de danos implicaria e as vantagens esperadas com a prática do ilícito antes de cometê-lo. Assim estaria se prevalecendo da lacuna do ordenamento para impunemente violar instituições fundamentais para o convívio social, tais como a propriedade, o contrato, as relações de confiança e assim por diante.

Situações como as expostas pedem uma reação do ordenamento jurídico. Mas, aceita a idéia da existência de uma obrigação de restituir o lucro por intervenção, máxime quando gerado pela prática de um ato ilícito, é preciso explicar por que é que esse lucro há de ser atribuído à pessoa cujos direitos foram violados, sendo que, em muitas situações, ela não teria podido ou não teria querido realizar tal lucro. Além disso, esta restituição é diretamente contraposta aos interesses do interventor.

Argumentos que falam a favor de que há de privilegiar-se o titular do direito são a sua propriedade sobre os bens, o fato de a intervenção derivar de ato ilícito e por isso não merecer tutela jurídica, a necessidade de sancionar a intervenção abusiva na esfera jurídica alheia e a falta de prejuízo do interventor que só teria de restituir o que está a mais no seu patrimônio. Já o interventor invocaria os argumentos de que o lucro é fruto de sua atividade e iniciativa e até do emprego de capital e força de trabalho e que restituir o lucro ao titular do bem seria uma espécie de pena privada, além de premiar a inércia ou incúria do titular do bem.²³²

Como bem ponderou VIEIRA GOMES, “a restituição do lucro como consequência da intervenção na esfera jurídica alheia corresponde a uma concepção dos direitos segundo a qual estes não se esgotam na mera possibilidade

²³² Francisco Maunel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 16 a 18.

de excluir outros de um domínio reservado, mas atribuem ou conferem ao seu titular um conteúdo positivo, a destinação de um bem ou de uma utilidade”.²³³ Neste sentido também é a opinião de LEITE DE CAMPOS: “o titular do direito deve ver-se atribuído todo o enriquecimento, mesmo o lucro da intromissão, não só pela razão positiva de que foi realizado com o seus bens, como pela negativa de que não há razão para se conceder ao enriquecido. Em nada tal solução entrava a livre iniciativa dos indivíduos. *Dar o seu a seu dono* não é com certeza, um entrave às iniciativas legítimas.”²³⁴

A questão que se coloca neste momento é a de se saber qual instituto jurídico seria suficiente para dar fundamento à pretensão do titular do bem de exigir o lucro da intervenção. Ocorre que a responsabilidade civil, entendida como geradora da obrigação de reparar um dano, nem sempre revela-se suficiente para justificar a restituição de um lucro, ainda que ilicitamente obtido, quando este é superior ao dano provocado. E é neste ponto que o enriquecimento sem causa surge como a ferramenta compatível com a resposta a ser dada pelo ordenamento jurídico ao problema formulado, máxime quando concebido sem o requisito do empobrecimento correspondente.

Considerando que a restituição do lucro por intervenção pode ser entendida como uma matéria limítrofe entre a responsabilidade civil e o enriquecimento sem causa²³⁵ e, quiçá ainda, a gestão de negócios imprópria,²³⁶ é importante frisar que

²³³ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 780.

²³⁴ Diogo Paredes Leite de Campos, *A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento*, p. 492.

²³⁵ Nas palavras de Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 792, “Infelizmente a restituição do lucro situa-se numa espécie de limbo ou de ‘terra de ninguém’ entre os dois institutos (responsabilidade civil e enriquecimento sem causa), sendo sua ‘localização fortemente condicionada pela pré-compreensão de cada um deles e dos seus respectivos pressupostos e funções, acabando, por vezes, por negar-se-lhe qualquer lugar no domínio jurídico-privado”.

em decorrência da desconexão entre o lucro obtido e o dano causado podem derivar soluções diversas²³⁷ para a questão:

- a) quando a intervenção é culposa e causa um dano cujo montante é superior ao lucro obtido aplicam-se as regras da responsabilidade civil e a questão do lucro por intervenção perde o interesse porque o lucro é absorvido pelo montante da indenização a ser paga;
- b) quando a intervenção não é culposa e implica a realização de um lucro, este deve ser restituído com base nas regras do enriquecimento sem causa;
- c) quando a intervenção é culposa mas não causa dano ou causa dano num montante inferior ao lucro obtido, é necessário mesclar as regras da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa para possibilitar o total equacionamento da questão.

Assim o é porque a intervenção ou ingerência culposa na esfera jurídica alheia comumente gera um dano ao titular do direito e a conseqüente obrigação de indenizar para o interventor, desde que verificados todos os pressupostos da

²³⁶ Entende-se por gestão imprópria de negócios aquela situação em que o gestor sabendo que os bens são alheios, age conscientemente no seu exclusivo interesse, com a intenção de gerir o seu próprio negócio e não o de outrem e de fazer seus todos os lucros que da gestão provenham. Esta não é uma solução aplicável ao direito nacional porque nosso ordenamento jurídico não regula a gestão imprópria de negócios.

²³⁷ As soluções apontadas não gozam de unanimidade na doutrina. Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 801, entende que o teor do artigo 472 do Código Civil Português que confere ao dono do negócio a possibilidade de aprovar a gestão de negócios realizada por aquele que gerencia negócio alheio julgando-o próprio e chamar a si os proveitos realizados pelo gestor se aplicaria ao interventor que agiu dolosamente. Assim, a questão da restituição do lucro por intervenção seria solucionada aplicando-se por analogia ao interventor que age dolosamente a norma que regula a situação daquele que gere negócio alheio julgando-o próprio. À falta de dispositivo legal semelhante ao artigo 472 do Código Civil português, que subsume aos quadros da gestão de negócios àquelas situações em que o falta ao agente a consciência da alienidade do negócio, esta solução não pode ser transposta para o caso brasileiro.

Já Sacco, *L'arricchimento ottenuto mediante fatto ingiusto*, p. 3, entende que o problema nada tem a ver com a matéria do enriquecimento sem causa, já que considera que a restituição do enriquecimento sem causa supõe, não apenas um enriquecimento, mas também um empobrecimento concomitante.

responsabilidade civil, nos termos do artigo 927 do Código Civil. Ocorre que nos quadros da responsabilidade civil “a indenização mede-se pela extensão do dano” (art. 944 do Código Civil) e assim o titular do direito não poderá exigir do interventor mais que a indenização do dano concreto sofrido, ou seja, da diferença para menos que vier a existir em seu patrimônio. Esta solução revela-se adequada e suficiente para os casos em que o lucro gerado pela intervenção for inferior ou igual ao dano, ante ao princípio da *compensatio lucro cum damno*, pois o ressarcimento do dano acaba por absorver o eventual lucro obtido, que não era um verdadeiro lucro, mas um acréscimo patrimonial temporário que viria a ser absorvido pela necessidade de ressarcimento dos danos gerados para a sua obtenção.

Em que pesem opiniões de autores²³⁸ que vislumbrem uma função sancionatória e preventiva da responsabilidade civil, o que justificaria o eventual estabelecimento de uma obrigação do interventor de devolver ao titular do bem o lucro excedente ao dano gerado pela sua intromissão na esfera jurídica alheia, está cristalizado na doutrina e na legislação a exclusividade da função reparadora ou reintegrativa da responsabilidade civil que limita o valor da indenização ao montante do dano.

A restituição do lucro excedente ao dano nos casos de intervenção ilícita na esfera jurídica alheia, bem como nos casos de intervenção não culposa, será feita segundo as regras do enriquecimento sem causa. O titular do direito pode exigir do interventor todo o lucro que este obteve à custa dele, porque é justo que o titular do

²³⁸ Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p. 29, cita Stark na obra *Essai sur la théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*.

direito receba uma adequada compensação pelo emprego que o interventor indevidamente fez dos seus bens.²³⁹

Sublinhe-se que se compreende que do lucro a ser restituído não de ser abatidos os valores correspondentes aos outros fatores que contribuíram para a sua obtenção, tais como a experiência do interventor, suas qualidades pessoais²⁴⁰ e as despesas realizadas. Mas tão-somente estes valores. Caberia ao titular do bem toda a parcela restante do lucro gerado. Isto porque aquele que intervém na esfera jurídica alheia acaba por eximir-se do risco próprio das empresas realizadas utilizando bens próprios. Em não havendo risco não tem de se conceder a contrapartida constituída pelo lucro que exceda o valor dos bens, já abatidos os valores derivados das qualidades pessoais do interventor e das despesas realizadas.

Reconhece-se que essa posição adotada não oferece um critério simples e seguro para a fixação do montante da obrigação de restituir. Trata-se de diretrizes

²³⁹ Contrariamente a esse entendimento, Francisco Manuel Pereira Coelho, *op. cit.*, p.24/38/48/70, considera que o lucro a ser pago ao titular do direito deve restringir-se ao valor objetivo do uso ou dos próprios bens consumidos ou alienados. O valor remanescente deveria ser mantido no patrimônio do interventor sob o argumento de que deve se facilitar a livre iniciativa e atividade dos indivíduos ainda que esta tenha sido exercida sobre bens alheios. Esta solução é compatível com sua opinião de que a obrigação de restituir está limitada pelo enriquecimento patrimonial do devedor (enriquecimento equivalente à diferença para mais no patrimônio do devedor entre a situação atual e a situação hipotética em que estaria se não se tivesse dado o fato produtivo deste enriquecimento) e pelo dano real do credor (valor objetivo do prejuízo sofrido pelo lesado).

²⁴⁰ Como bem pondera Diogo Paredes Leite de Campos, *op. cit.*, p. 492, “o que não impede, repetimos, que o intrometido veja compensado o seu espírito de iniciativa e demais qualidades pessoais através da aquisição daquela parcela do lucro que for imputável a estas, que não às qualidades objectivas dos bens utilizados.”

que buscam uma situação ideal e que dependem da apreciação de cada caso concreto para serem materializadas.²⁴¹

Feitas essas considerações genéricas sobre a possibilidade de restituição do lucro por intervenção, coloca-se uma outra questão que é a de saber-se ante a quais ações de terceiros se justifica a restituição do enriquecimento derivado do lucro por intervenção. Este é um terreno espinhoso em que dificilmente podem estabelecer-se critérios apriorísticos que predeterminem a solução²⁴². A casuística é bastante variada e compreende oscilações tanto no objeto ou atividade usurpados quanto nos critérios para averiguação da efetiva presença da usurpação.

II.3.5 PROPRIEDADE INDUSTRIAL

Um dos mais fecundos campos de aplicação do enriquecimento sem causa é o dos bens imateriais protegidos por um direito de exclusividade. Quando alguém explora indevidamente um bem jurídico alheio sobre o qual recai um direito de propriedade intelectual ou industrial, usando-o ou consumindo-o em benefício próprio, deve indenizar os danos e prejuízos causados, assim como restituir o valor obtido em consequência da invasão da invenção ou do sinal distintivo de outrem.

²⁴¹ Nas palavras de Diogo Paredes Leite de Campos, *op. cit.*, p. 493: “Estamos conscientes que a doutrina que propomos não assegura a certeza das relações jurídicas nascidas do enriquecimento sem causa, já que a fixação da medida da obrigação de restituir não obedece a um critério simples e seguro. Determinar o enriquecimento imputável a um factor de produção, sobretudo quando o processo produtivo for complexo, não é fácil nem os resultados oferecem suficiente garantia de exactidão. Trata-se, contudo, de uma incerteza que não é característica unicamente desta doutrina. E a latitude que é deixada ao critério do julgador é um preço que tem de se pagar pela inegável justiça que está na base dessa incerteza.”

²⁴² Xabier Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromision en derecho ajeno*, p. 141.

A proteção do direito de marca sob o signo da vedação do enriquecimento sem causa foi muito discutida na doutrina alemã. Num primeiro momento a marca figurou entre os direitos que mereceriam, por seu conteúdo de atribuição, a tutela da pretensão de enriquecimento sem causa. Esta posição permissiva foi rechaçada por juristas adeptos de uma tendência mais restritiva justificada por anseios de maior segurança jurídica e clareza dogmática. O argumento principal para fundamentar esta limitação concentrava-se na idéia de que a finalidade do direito de marca não é a atribuição de um âmbito de exploração exclusivo, mas permitir o reconhecimento de uma atividade, de seu produto e de sua fonte empresarial no mercado. Atualmente prevalece a opinião de que o direito de marca é protegido pela *Eingriffskondikition* em virtude da sua força efetiva de atribuição.²⁴³

Tanto a marca quanto as patentes de invenção e os modelos de utilidade conferem a seus titulares um efeito atributivo, outorgando-lhes um âmbito de exploração exclusiva e excludente perante terceiros. O âmbito de proveito exclusivo que a marca confere a seu titular é o do uso do sinal distintivo, com uma dimensão econômica no mercado e suscetível tanto de cessão quanto de usurpação.

No âmbito do direito concorrencial os enriquecimentos obtidos por alguns empresários implicam empobrecimentos para seus concorrentes. O funcionamento do mercado seria burlado se o enriquecimento dos mais competitivos pudesse ser pleiteado pelos menos eficientes. Se qualquer ato do empresário que viesse a influenciar na concorrência pudesse ensejar uma pretensão de restituição do enriquecimento obtido, nenhum empresário ousaria utilizar novos processos ou ingressar em novos mercados por temor de perder a compensação trazida pela iniciativa.

²⁴³ Xavier Basozabal Arrue, *ibid.*, p. 154.

Em alguns casos de concorrência desleal, todavia, surge a pretensão de restituição do enriquecimento sem causa. Note-se que na dinâmica do mercado não são conferidas posições de exclusividade aos concorrentes, de modo que não há que se falar em intromissão ou usurpação de direitos alheios. As hipóteses de aplicação do enriquecimento sem causa para fundar pretensões restitutórias em casos de concorrência desleal restringem-se às situações em que um dos concorrentes é prejudicado em sua posição concorrencial porque só ele teria podido autorizar a ingerência ocorrida em troca do pagamento de um preço, ou seja, a lesão de uma posição jurídica de 'conteúdo econômico análogo'²⁴⁴ àquela amparada por um direito de exclusividade. Os casos de usurpação de segredos industriais, imitação e apropriação de uma marca notoriamente conhecida mas não registrada são paradigmáticos. São hipóteses em que o ato de concorrência desleal atinge um único titular do direito que detém uma certa exclusividade sobre o mesmo em virtude do esforço pessoal, do labor criativo ou da reputação adquirida.

No Brasil, a Lei de Propriedade Industrial (lei n°. 9.279 de 1996) elenca os direitos que protege: patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos industriais, indicações geográficas e lealdade de concorrência.

A par dos preceitos que estabelecem o caráter delitivo decorrente da usurpação da propriedade industrial, a Lei de Propriedade Industrial em seus artigos 207 a 210 regula a possibilidade de ajuizamento de ações cíveis destinadas a defender os interesses de particulares lesados pela infração aos direitos por ela protegidos. É bem verdade que a ação central regulada por estes preceitos legais é a de indenização por perdas e danos, mas, ao enunciar os critérios para fixar os lucros cessantes, o artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial invoca fatores que a

²⁴⁴ A expressão é de Carlos Fernández-Nóvoa, *El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial*, p. 21.

rigor servem para medir o enriquecimento sem causa do infrator da propriedade industrial alheia.²⁴⁵

Ao estatuir que “a indenização será determinada pelos benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido”, o artigo 208 da Lei de Propriedade Industrial consagra a possibilidade de ressarcimento de lucros cessantes nos quadros da responsabilidade civil. Da mesma forma o artigo 209 da referida lei, ao assegurar ao prejudicado “o direito de haver perdas e danos em ressarcimento de prejuízos causados por atos de violação de direitos da propriedade industrial e atos de concorrência desleal não previstos na lei” acolhe uma pretensão de indenização de perdas e danos fundada na responsabilidade civil.

O artigo 210 da Lei de Propriedade Industrial prevê que o critério para aferição dos lucros cessantes será o mais favorável ao prejudicado²⁴⁶. Os critérios previstos pela lei são os seguintes:

I – os benefícios que o prejudicado teria auferido se a violação não tivesse ocorrido;

II – os benefícios que foram auferidos pelo autor da violação do direito; ou

III – a remuneração que o autor da violação teria pago ao titular do direito violado pela concessão de uma licença que lhe permitisse legalmente explorar o bem.

Com efeito, na hipótese do inciso I, quando a lei refere aos benefícios que o prejudicado teria obtido se a violação não tivesse ocorrido, ela está consagrando a

²⁴⁵ Tratamento similar encontra-se no direito espanhol. Luis Díez-Picazo Y Ponce De León. La doctrina del enriquecimiento injustificado. In *Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin causa*, p. 125, relata que a Ley de Patentes espanhola outorga ao titular de uma patente vários meios de proteção e “Como se verá, la acción central es la de daños y perjuicios, en la que se comprenden (cfr. art. 66) los clásicos daños emergentes o valor de la pérdida sufrida y lucro cesante o ganancia dejada de obtener. Sin embargo, al enunciar los criterios para fijar la ganancia dejada de obtener o lucro cesante, se involucran factores que son propiamente de lucro cesante con otros que son indiscutiblemente de enriquecimiento injustificado.”

²⁴⁶ Dispositivo similar consta do artigo 66 da Ley de Patentes espanhola.

possibilidade de indenização de lucros cessantes. Mas nos dois incisos seguintes mescla critérios de aferição do enriquecimento sem causa. Os benefícios auferidos pelo autor da violação do direito (inciso II) e a remuneração pela licença de exploração do bem hipoteticamente devida ao titular do direito violado (inciso III) são hipóteses em que se descrevem aportes indevidos incorporados ao patrimônio do infrator do direito de propriedade e como tal devem ser restituídos com fulcro na sistemática do enriquecimento sem causa. Na feliz expressão de CARLOS FERNÁNDEZ-NÓVOA tratam-se respectivamente de hipóteses de restituição do *lucrum emergens* e do *damnum cessans*.²⁴⁷

II.3.6 DIREITOS DA PERSONALIDADE

Atualmente é social e juridicamente aceito que as pessoas disponham de alguns dos bens de sua personalidade mediante a fixação de um preço para permitir o que se chamaria de ‘invasões de sua privacidade’. A comercialização dos bens da personalidade é um dado que o mercado impõe ao ordenamento jurídico. Compete à disciplina do enriquecimento sem causa regradar a eventual restituição de lucros obtidos pela intromissão desautorizada em direitos da personalidade alheios.

Os titulares dos direitos da personalidade detêm sobre os mesmos faculdades exclusivas e excludentes de exploração e o ordenamento jurídico reage à sua usurpação por terceiros por meio do enriquecimento sem causa. Posicionamento contrário conferiria àquele que os violasse um privilégio fundado na categoria ética

²⁴⁷ Carlos Fernández-Nóvoa, *op. cit.*, p. 17.

do direito usurpado, o que não corresponde à realidade fática em que se observa a mercantilização de alguns dos direitos da personalidade.²⁴⁸

Embora as decisões a seguir colacionadas mencionem a reparação de danos, parecem admitir a restituição do lucro obtido pela utilização da imagem alheia nos quadros do enriquecimento sem causa.

Cuidando-se de direito à imagem, o ressarcimento se impõe pela só constatação de ter havido a utilização sem a devida autorização. O dano está na utilização indevida para fins lucrativos, não cabendo a demonstração do prejuízo material ou moral. O dano, neste caso, é a própria utilização para que a parte aufera lucro com a imagem não autorizada de outra pessoa. Já o Colendo Supremo Tribunal Federal indicou que a 'divulgação da imagem de pessoa, sem o seu consentimento, para fins de publicidade comercial, implica em locupletamento ilícito à custa de outrem, que impõe a reparação do dano'. (RESP 138883/PE, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 05/10/1998, p. 76)

Direitos autorais. Ação de indenização. Publicação de fotografias em livro e revista, sem a autorização e correta indicação de autoria. (art. 51 de Lei 5.988/73). Pretensão reparatória que independe da natureza das fotos (documental ou artística) ou de quem as produziu (fotógrafo profissional ou não). Proibição genérica ao enriquecimento sem causa. (RESP 10556 /SP, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25/04/1994, p. 9254)

Em se tratando de direito à imagem, a obrigação da reparação decorre do próprio uso indevido do direito personalíssimo, não havendo que se cogitar de prova de existência de prejuízo ou dano. Em outras palavras, o dano é a própria utilização indevida da imagem com fins lucrativos, não sendo necessária a demonstração do prejuízo material ou moral. (RESP 45305/SP, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 25/10/1999.)

Neste momento parece oportuno trazer à baila as reflexões de GIOVANNI NANNI, que bem pondera que, em um momento histórico de despatrimonialização do direito privado, a admissibilidade do enriquecimento moral ou não patrimonial abre portas à tutela da dignidade da pessoa humana exteriorizada na Constituição Federal, bem como aos demais preceitos de liberdade, justiça e solidariedade. É um franco sinal da passagem de uma jurisprudência civil dos interesses patrimoniais a uma mais atenta aos valores existenciais. Nas palavras do autor: “não se deve

²⁴⁸ Segundo Xabier Basozabal Arrue, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, p. 171, “El derecho de enriquecimiento debe ser sensible a todos los ámbitos en los que un sujeto de derecho resulta ‘reservatario’ en exclusiva de diversas realidades jurídicas, entre las que encontramos las propias manifestaciones de los derechos de la personalidad.”

apenas tutelar situações patrimoniais, mas é preciso buscar uma proteção qualitativamente diversa, com respeito ao livre e digno desenvolvimento da pessoa.”²⁴⁹ - 250

Todavia há que se ressaltar que a proteção dos direitos da personalidade conferida pelo enriquecimento sem causa também tem seus limites.²⁵¹ O ordenamento jurídico não permite que se estipule um equivalente econômico para os bens indisponíveis. A reação jurídica às ofensas aos bens indisponíveis não é feita mediante a restituição do enriquecimento sem causa, mas por outras medidas cíveis (retratação, indenização por danos morais, cessação) e penais. Para ilustrar poder-se-ia dizer que é perfeitamente possível a utilização da imagem ou de informações pessoais com fins comerciais, mas o mesmo não seria admissível para um bem desprovido de mercado lícito como a honra.

Outros limites à proteção dos direitos da personalidade no âmbito do enriquecimento sem causa são os derivados da exigência de preservação das liberdades de informação, utilização e divulgação de dados de interesse público. É bem verdade que é tormentosa a definição do ponto de equilíbrio entre os direitos de exclusividade sobre dados e elementos da personalidade e o domínio público de informação e difusão destes dados.

²⁴⁹ Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, p. 234-6.

²⁵⁰ Caramuru Afonso Francisco, *O enriquecimento sem causa nos contratos*, in Carlos Alberto Bittar, *Contornos atuais da teoria dos contratos*, p. 85, partilha deste mesmo entendimento: “No entanto, a noção de patrimônio é hoje em dia muito mais ampla, abarcando os valores morais insuscetíveis de reflexo patrimonial (material) imediato e que ensejam, sim, um enriquecimento ou um empobrecimento, mormente após o surgimento de contratos na órbita dos direitos intelectuais e dos direitos de personalidade, como consequência até do desenvolvimento tecnológico avassalador da segunda metade do século XX. Negar que alguém possa tirar proveito de ordem moral em prejuízo de outrem sem que haja qualquer amparo na ordem jurídica é, em termos atuais, negar a própria existência de inúmeras regras de direito protetivas destes direitos, inclusive regulamentadoras rígidas de toda a atividade contratual neste campo.”

²⁵¹ O posicionamento de Xabier Basozabal Arrue, *op. cit.*, p. 172-178, serviu de base para a definição destes limites no âmbito de aplicabilidade do enriquecimento sem causa na seara dos direitos da personalidade.

Por fim, o próprio mercado estabelece limites à possibilidade de restituição do enriquecimento sem causa derivado da usurpação de direitos da personalidade. Por exemplo, é possível que o titular de uma imagem utilizada ilicitamente em uma campanha publicitária pleiteie a restituição do lucro por intromissão auferido por outrem. Ocorre que existem imagens que contam com um 'valor de mercado', outras têm um 'valor meramente simbólico'. As imagens dos famosos custam muito, aquelas dos desconhecidos são praticamente gratuitas. Nestes casos o exercício da pretensão de enriquecimento sem causa não proporciona grande satisfação econômica.

Para concluir, vale lembrar que a restituição do enriquecimento sem causa não deve ser considerada como um remédio único e universal para solver litígios decorrentes da intromissão nos direitos da personalidade.²⁵² É apenas uma entre as diversas formas de defesa e pode interagir com as demais, especialmente a responsabilidade civil.²⁵³

²⁵² Conclui-se com Xabier Basozabal Arrue, *op. cit.*, p. 178, "*Me gustaría concluir con la observación de que el dercho de enriquecimiento no debe contemplarse como un remedio universal para todo tipo de intromisiones en cualquiera de las facetas de la personalidad de la persona; se trata simplemente de una más entre las defensas jurídicas posibles, como el resarcimeinto, la retractación, la cesación o la remoción. El conocimiento de los límites de la protección que otorga el derecho de enriquecimiento es esencial para enjuiciar la posibilidad o conveniencia de acudir al mismo o a otros remedios jurídicos también invocables, dependiendo de las circunstancias de cada caso.*"

²⁵³ O artigo 12 do novo Código Civil consagra esta pluralidade de reações do ordenamento jurídico às ofensas aos direitos da personalidade: "Pode-se exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade, e reclamar perdas e danos, sem prejuízo de outras sanções previstas em lei."

II. 4 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DECORRENTE DA INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS

Existem situações em que são realizadas prestações em execução de um negócio jurídico nulo ou anulado. A doutrina é assente no sentido de que tais prestações devem ser restituídas, mas polariza-se para definir se a restituição funda-se na ação de nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico ou decorre do enriquecimento sem causa, especialmente sob a forma de repetição do indébito.

É bem verdade que, do ponto de vista das conseqüências práticas, a diferença entre a restituição do enriquecimento sem causa ou a restituição decorrente da invalidade²⁵⁴ do negócio jurídico é mais formal do que substancial. De qualquer forma, é preciso analisar ambas as soluções possíveis para que se possa verificar qual delas é mais coerente em cada ordenamento jurídico, até porque, também neste aspecto, o sistema de atribuição patrimonial adotado, a opção entre restituição do enriquecimento real ou patrimonial e o reconhecimento ou não do erro do *solvens* como elemento essencial para a caracterização do indébito são fatores essenciais na construção da solução a ser adotada.

²⁵⁴ A invalidade do negócio jurídico é o gênero que abrange duas espécies disciplinadas pelo Código Civil: nulidade e a anulabilidade. Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria geral do Direito Civil*, p. 610, faz a distinção entre as duas espécies: “O negócio *nulo* não produz, desde o início (*ab initio*), por força da falta ou vício de um elemento interno ou formativo, os efeitos a que tendia. O negócio anulável, não obstante a falta ou vício de um elemento interno ou formativo, produz os seus efeitos e é tratado como válido, enquanto não for julgada procedente uma acção de anulação. (...) O regime e os efeitos mais severos da nulidade encontram o seu fundamento teleológico em motivos de interesse público predominante. As anulabilidades fundam-se na infracção de requisitos dirigidos à tutela de interesses predominantemente particulares.”

França

O Código Napoleônico acolheu o princípio segundo o qual o mero consenso das partes é suficiente para operar a transmissão da propriedade (sistema causal). O contrato, por si só, sem a necessidade de qualquer ato posterior, tem o condão de transferir a titularidade dos bens. Se o contrato for nulo, a nulidade significa que o contrato não é considerado idôneo para produzir os efeitos que foram visados pelas partes, nem mesmo perante terceiros.

Desde DOMAT, na França, a causa é considerada elemento essencial de validade dos atos jurídicos. Faltando a causa, o negócio jurídico é nulo e o reconhecimento da nulidade enseja a pretensão de repetição das prestações realizadas em execução deste negócio jurídico. A falta de causa do contrato é sancionada pela ação de nulidade ou anulabilidade do contrato. Não se trata de remediar os efeitos de um ato formalmente válido, mas de apagar as conseqüências de um ato nulo²⁵⁵, pois o ato nulo não produz qualquer efeito. Consubstanciada a nulidade da convenção entre as partes, quaisquer alterações produzidas devem ser neutralizadas e há que se colocar as partes na situação que se encontravam antes da sua celebração.²⁵⁶

Com essa concepção, a teoria do enriquecimento sem causa foi expulsa do domínio dos negócios jurídicos e, conseqüentemente, do ordenamento jurídico, que construiu um sistema baseado no dogma da vontade. Somente pelas portas da jurisprudência e residualmente que o enriquecimento sem causa é invocado para

²⁵⁵ François Gore, *L'Enrichissement aux dépens d'autrui, Source autonome et Générale d'Obligations en Droit Prive Français, Essai d'une Construction Technique*, p. 24.

²⁵⁶ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 572, escreveu: "O ponto de partida da análise doutrinal é relativamente simples e incontroverso: em conseqüência da nulidade (ou anulação) do negócio, há que colocar as partes no estado em que elas se encontravam antes da sua celebração. Num contrato sinalagmático isto corresponde a uma inversão do sinalagma, a uma espécie de 'negativo' do contrato."

sancionar as transmissões patrimoniais injustas que se operam fora das relações convencionais entre o enriquecido e o prejudicado.

Ocorre que essa doutrina francesa em matéria de consequências da invalidade dos negócios jurídicos, absorvida por outros ordenamentos²⁵⁷, padece de um vício. Ela tem se ocupado mais das causas da invalidade do negócio que de suas consequências, e estas envolvem uma problemática delicada na qual se entrecruzam princípios do direito das coisas, dos contratos, da responsabilidade civil e do enriquecimento sem causa.²⁵⁸

A solução proposta de restituir as partes ao estado que se encontravam antes da celebração do negócio é apresentada como plena e satisfatória, mas, em verdade, ela é apenas um ponto de partida para as diversas problemáticas que enseja.

Em primeiro lugar surge o seguinte paradoxo: de um lado, deve-se ignorar o negócio porque inválido e, de outro, reconhecer que somente sua interpretação é que pode esclarecer quanto às prestações a restituir. Também há que se disciplinar a distribuição do risco do perecimento ou deterioração fortuitos ocorridos na vigência de um negócio jurídico que vier a ser reconhecido inválido. Outro ponto de análise é a medida em que cada um dos contratantes contribuiu para a invalidade do negócio, ou seja, a boa ou má-fé das partes.

²⁵⁷ Orlando de Carvalho, *Direito das Coisas*, p. 268-269, esclarece que a solução francesa foi absorvida pelo ordenamento português: “os negócios com eficácia real não são, em suma, negócios abstractos: são negócios causais, como, em regra, todos os negócios jurídicos, implicando a insubsistência deles a insubsistência daquela eficácia real e não se precisando, por isso, para atacar esta última, do meio indirecto e aleatório do enriquecimento sem causa (como, ao invés, acontece no princípio da abstracção).”

²⁵⁸ Joanna Schmidt-szalewski, *Les conséquences de l'annulation d'un contrat*, p. 3397, *apud*, Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 572.

Alemanha

Na Alemanha, que adota o sistema abstrato de transmissão de propriedade, para destruir os efeitos de um contrato nulo ou anulável, invocam-se as regras do enriquecimento sem causa. Atacam-se os efeitos do contrato e não o contrato em si, como na França.

Entre os tedescos há uma intensa controvérsia acerca das conseqüências do negócio jurídico inválido e sua relação com o enriquecimento sem causa. Todos estão de acordo que a pretensão de restituição é fundada no enriquecimento sem causa. As divergências se colocam para solucionar as situações de contratos sinalagmáticos em que existem duas pretensões cruzadas de restituição. O esquema da restituição do enriquecimento sem causa foi concebido para situações em que se identifica simetricamente um enriquecido e um empobrecido. Mas são freqüentes as situações de pretensões contrapostas em que ambas as partes são simultaneamente enriquecidas e empobrecidas, sem falar nos contratos complexos, coligações de contratos ou nos contratos multilaterais.

VIEIRA GOMES catalogou três teorias que se destacam na Alemanha para solucionar os casos de pretensões entrecruzadas que, com base em seus estudos²⁵⁹, passa-se a expor:

- a) *Teoria das duas condições*: Segundo os defensores desta teoria mais primitiva, as duas pretensões mantinham a sua autonomia sendo que cada uma das partes suportava os riscos da prestação por si realizada. Os seus defensores apoiavam-se na necessidade de ignorar o contrato inválido. De acordo com este entendimento, existem duas pretensões de restituição mutuamente independentes. Nega-se a existência de um nexo causal ou

²⁵⁹ Júlio Manuel Vieira Gomes, *op. cit.*, p. 597-608.

qualquer relação entre o acréscimo patrimonial resultante da recepção da prestação e a perda patrimonial derivada da realização da contraprestação. Os resultados desta concepção foram considerados injustos e, especialmente por força da jurisprudência, a teoria encontra-se superada atualmente.

b) *Teoria do saldo ou da diferença:* Partindo da concepção de que o enriquecimento relevante é o patrimonial, os adeptos desta teoria sustentam que é necessária a análise da diferença entre a situação patrimonial do enriquecido em virtude do fato que deu origem ao enriquecimento e a situação que existiria se não fosse esse evento. Num contrato sinalagmático poderia acontecer que nenhuma das partes tivesse enriquecido (quando prestação e contraprestação se equivalessem) ou somente uma delas (aquela que tivesse recebido uma contraprestação de valor superior à sua própria prestação) e somente ela faria jus a uma prestação restitutória. Apesar de esta teoria corresponder bem a uma perspectiva econômica e cotidiana do problema porque reconhece o nexo causal entre prestação e contraprestação, lhe são feitas críticas em virtude de não ser muito precisa e exata porque prima por dar ao problema uma solução prática sem cuidar de justificar as bases teóricas.

c) *Teoria do sinalagma de fato:* Segundo esta teoria, existem duas prestações conexas. O elemento de conexão entre as prestações é o sinalagma de fato ou o intercâmbio fático das prestações realizadas em cumprimento do contrato. Mesmo que o contrato seja inválido, embute em si a confiança mútua entre as partes, gerada pela perspectiva de execução deste contrato. A confiança recíproca subsistiria mesmo depois do “desaparecimento” do vínculo contratual e se prestaria a reger a restituição do enriquecimento nos mesmos moldes da teoria do saldo. O problema é que, ausente esta confiança mútua, como nos casos em que uma das partes agiu com dolo,

perder-se-ia o fundamento para pleitear a restituição do enriquecimento verificado.

Brasil

Feita esta resenha dos dois sistemas que polarizam as soluções jurídicas possíveis para a restituição das prestações efetuadas em virtude de contrato que padeça de nulidade, cabe fazer referência à correlação entre os efeitos do reconhecimento da invalidade do negócio jurídico e o enriquecimento sem causa no ordenamento jurídico brasileiro.

Muito sucintamente o novo Código Civil em seu artigo 182 dispõe que: *“Anulado o negócio jurídico, restituir-se-ão as partes ao estado em que antes dele se achavam, e, não sendo possível restituí-las, serão indenizadas com o equivalente”*.

Trata-se, pensamos, de uma restituição de prestações fundada no enriquecimento sem causa²⁶⁰ apesar de poder prescindir da ação de enriquecimento para ser exercida²⁶¹. A pretensão restitutória nasce automaticamente como consequência da sanção pela invalidade do negócio jurídico realizado com infringência aos preceitos legais que o regulam. Esta sanção é a declaração de nulidade do negócio jurídico e ela subordina-se às regras do enriquecimento sem causa. O fundamento do dever de restituição das parcelas pagas e do dever de restituição do equivalente pecuniário de outras prestações efetuadas em virtude de

²⁶⁰ Adriano Vaz Serra, *Enriquecimento sem causa*, Boletim do Ministério da Justiça, vol. 81, p. 34, é contrário a este entendimento: “não (...) haver aqui uma pretensão de enriquecimento, uma vez que se não dá então uma atribuição patrimonial sem causa, mas sim uma nulidade ou uma anulabilidade, com as quais os efeitos do negócio se não produzem ou podem não se produzir.”

²⁶¹ Não é pelo fato de poder-se prescindir da ação de enriquecimento que não se está diante de uma hipótese de enriquecimento. Em diversas oportunidades o ordenamento jurídico oferece mais de um caminho para que se atinja o mesmo objetivo, sem que isto descaracterize a natureza jurídica da solução apresentada. Neste sentido, Júlio Manoel Vieira Gomes, *op. cit.*, p.609: “Antecipando a nossa conclusão, pensamos tratar-se aqui de uma restituição de prestações fundada num enriquecimento sem causa, mas em que não é necessária uma acção autónoma de enriquecimento sem causa.”

um negócio jurídico cuja invalidade vem a ser reconhecida é o enriquecimento sem causa e não o próprio negócio jurídico.

Quando um negócio jurídico é celebrado com transgressão de preceitos de ordem pública – nulidade – ou quando são feridos os interesses de uma das partes pelo fato de o negócio jurídico ter sido celebrado por relativamente incapaz ou com vício de consentimento caracterizado por erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores – anulabilidade –, o ordenamento jurídico não reconhece sua validade. Mas muitas vezes ele chega a produzir efeitos práticos no mundo fenomênico ensejando atribuições patrimoniais sem causa, visto que a sua causa justificativa, que era o negócio jurídico, não é reconhecida como válida perante o ordenamento jurídico. E é exatamente com o objetivo de dar uma resposta a este gênero de situação que se apresenta o instituto do enriquecimento sem causa²⁶², porque não há causa para que as prestações recebidas pelas partes provoquem o enriquecimento de qualquer uma delas.²⁶³

Essa conclusão é possível em virtude da concepção que se adota para o enriquecimento sem causa. As premissas de que a restituição deve visar o enriquecimento real e de que o enriquecimento sem causa não pode ser mitigado pelo princípio da subsidiariedade autorizam que se considere que a restituição das

²⁶² Observe-se o teor da decisão a seguir transcrita: “Nulidade de compra e venda em face da ‘insanidade mental’ de uma das partes (CC, art. 5º. II), ainda que o fato seja desconhecido da outra. Hipótese, todavia, em que o status quo ante só será restabelecido, quando os herdeiros do incapaz restituírem o montante do preço recebido, corrigido monetariamente, bem assim indenizarem as benfeitorias úteis, sob pena de enriquecimento sem causa.” RESP 38353/RJ, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Ari Pargendler, DJ 23/04/2001, p. 158.

²⁶³ Giovanni Ettore Nanni, *Enriquecimento sem causa*, p. 365, que atribui ao enriquecimento sem causa uma natureza dúplice de princípio geral de direito e fonte de obrigações, não compartilha do entendimento esposado e considera que a restituição das prestações efetuadas em função do contrato nulo é uma mera afloração do princípio genérico que veda o enriquecimento sem causa: “Verifica-se, então, que a penetração do princípio que veda o enriquecimento sem causa é evidente no caso em questão. E mais, o instituto atua não na sua forma típica de fonte obrigacional, mas meramente como um preceito valorador da injusta atribuição patrimonial, objetivando que seja reposto ao estado anterior. É mais um exemplo que comprova o caráter dúplice do enriquecimento sem causa, ora como fonte obrigacional, dando azo ao exercício da ação de enriquecimento, ora como princípio corretivo de deslocamentos patrimoniais desprovidas de contraprestação.”

prestações efetuadas em virtude de negócio jurídico inválido é uma das espécies do gênero da restituição do enriquecimento sem causa.²⁶⁴

Note-se que, quando a declaração de nulidade do negócio jurídico não assegurar a restituição ao estado anterior de todas as transmissões patrimoniais geradas, também é possível recorrer à ação de enriquecimento para viabilizar a correção das migrações de vantagens patrimoniais injustificadamente verificadas.²⁶⁵

²⁶⁴ Na expressão de Daniele Maffei, *Contratti illeciti o immorali e restituzioni*, p. 29, *apud*, Giovanni Ettore Nanni, *op. cit.*, p. 366, “*non esiste, in materia di restituzioni da contatto nullo, una funzione residuale del rimedio dell’indenizzo dell’arricchimento senza causa; esiste, invece, il rimedio dell’arricchimento senza causa come veste dell’ obbligazione restitutiva cui à tenuto l’ accipiens.*”

²⁶⁵ Antonio Menezes Cordeiro, *Tratado de direito civil português*, p. 616-617, comentando o Código Civil português, apesar de defensor da subsidiariedade da ação de enriquecimento reconhece esta possibilidade: “O dever de restituição predisposto no artigo 289º./1 tem natureza legal. Ele prevalece sobre a obrigação de restituir o enriquecimento, meramente subsidiária e pode ser decretado, pelo tribunal, quando ele conheça, oficiosamente, a nulidade. No entanto, já haverá que recorrer às regras do enriquecimento se a mera obrigação de restituir não assegurar que todas as deslocações ou intervenções patrimoniais injustamente processadas, ao abrigo do negócio declarado ou anulado, foram devolvidas.”

II.5 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E CONTRATO

O contrato ou, mais amplamente, o negócio jurídico é, não só na importância dada pela legislação, como também na sucessão histórica dos acontecimentos e especialmente na relevância fática, a primeira e principal fonte das obrigações.

O conceito de contrato, assente no acordo soberano de vontades das partes, constitui o remate de uma longa evolução histórica consolidada com o triunfo do liberalismo. O âmbito do contrato é, por excelência, dominado pela vontade das partes, pela autonomia privada.

Atualmente, todavia, o modelo liberal codificado do direito patrimonial assente em três pilares fundamentais – contrato, família e propriedade – está em crise.²⁶⁶ No contrato a superação do modelo clássico que sacralizava a vontade das partes é conduzida pela necessidade de mitigar o individualismo imperante, fazendo prevalecer o interesse coletivo, a função social do contrato e efetiva igualdade entre as partes.²⁶⁷

²⁶⁶ Luiz Edson Fachin, *Teoria Crítica do Direito Civil*, p. 22, bem sintetizou: “A crise do sistema clássico do Direito Civil suscita, antes de mais nada, questões concernentes à sua historicidade, à análise da inter-relação entre Direito e Sociedade, e ao princípio de dinamismo que impinge ao Direito seu externo diálogo com o meio social, seu tempo e seu espaço. Tampouco se distancia da análise dos conceitos frente à concretude dos fatos que a eles se apresentam. A releitura crítica dos estatutos fundamentais do Direito Privado, para tanto, exige uma visita crítica e construtiva aos três pilares fundamentais do Direito Civil (...)”.

²⁶⁷ Rosalice Fidalgo Pinheiro, *O abuso de direito e as relações contratuais*, p. 135, rejeita a ideia de crise do contrato: “À concepção tradicional de contrato opõe-se uma nova concepção, contraposição esta que se tem justificado pelas ideias de “crise” ou “decadência”. Entretanto, não é de crise que neste momento se quer tratar, mas de uma diversidade de concepções, às quais se ligam a ideia de contrato, perfazendo sua “historicidade” e “relatividade”. Trata-se de uma fisionomia transformada em face do contexto econômico, social e político no qual se insere.”

O contrato, a princípio, é uma causa justificativa válida para o enriquecimento, e é no âmbito contratual que acontecem as trocas ou transferências de valores, muitas vezes implicando vantagens para um dos contratantes.²⁶⁸ Não se pode invocar o enriquecimento sem causa para aplacar eventuais efeitos lesivos derivados do cumprimento de obrigações contratuais, sob pena de atentar-se contra a segurança das relações jurídicas.

Ocorre que, em situações extremas de impossibilidade de cumprimento, cumprimento defeituoso ou alteração da base negocial em termos tais que a execução do contrato deixa de ter como suporte a vontade das partes, nem sempre a disciplina do contrato é suficiente para solucionar os conflitos. Nestes interstícios se justifica o apelo ao enriquecimento sem causa²⁶⁹ para satisfazer aos ditames de princípios hierarquicamente superiores que informam o ordenamento, como os princípios da igualdade dos contratantes e o da vedação da onerosidade excessiva.²⁷⁰

Além disso, a flexibilização do princípio do *pacta sunt servanda*, como consequência da crise do modelo liberal codificado de direito patrimonial, é que

²⁶⁸ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 473, entende que quase sempre deve prevalecer a vontade das partes expressa na *lex contractus* em detrimento de uma fonte legal de obrigações como o enriquecimento sem causa: “Designadamente, face a um negócio válido, importa, em homenagem à autonomia da vontade, reconhecer a existência de uma causa de justificação para qualquer deslocação de riqueza em cumprimento desse negócio, sem que haja lugar a indagações sobre um eventual equilíbrio objetivo do valor das prestações. Só não será assim em situações de usura, muito embora, mesmo nestas, não baste o mero desequilíbrio, já que sempre tem de existir um vício da vontade.”

²⁶⁹ Como leciona Luiz Edson Fachin, *Teoria crítica do direito civil*, p. 296, “O enriquecimento sem causa, ligado à noção de atribuição patrimonial, ocupa espaço cada vez mais relevante no estudo dos contratos. A atribuição patrimonial corresponde ao ingresso em uma esfera jurídica de um montante ou de um bem com valor pecuniário, ou mesmo de um interesse conversível em pecúnia. Essa atribuição deve possuir uma causa, uma base na qual se assenta. Quando essa base de equilíbrio originário desaparece, há o chamado enriquecimento sem causa.”

²⁷⁰ “A pretensão de devolução dos valores pagos a maior, em virtude do expurgo de parcelas judicialmente declaradas ilegais, é cabível em virtude do princípio que veda o enriquecimento sem causa, prescindindo da discussão a respeito de erro no pagamento.” RESP 200267/RS, 4ª. Turma, STJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 20/11/2000, p. 300.

possibilita mais uma relação entre o contrato e o enriquecimento sem causa. A expressão da autonomia da vontade das partes no contrato justifica-se como causa do enriquecimento ainda que não seja respeitado o princípio da equivalência econômica das prestações. Ocorre que em situações especiais como de alterações drásticas das circunstâncias de celebração do contrato (cláusula *rebus sic standibus*), de desvalorização da moeda, de inflação, de usura ou de benefícios excessivos para uma das partes justificam que recorra-se ao enriquecimento sem causa para a resolução das questões.²⁷¹ Isto porque a tendência atual do direito é de privilegiar a igualdade material das partes contratantes, expressa no princípio da equivalência material das prestações²⁷², em detrimento do princípio liberal da autonomia da vontade.²⁷³

Não se pode negar que, apesar de não haver uma exigência para que se observe o preço justo no âmbito contratual, no âmbito da interpretação dos contratos a idéia de preço justo exerce uma transcendência determinante. Segundo JOSÉ

²⁷¹ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, p.106, leciona: “Solo en casos excepcionales, una norma jurídica positiva prevé (con carácter general o excepcional) una alteración de las circunstancias y modifica el título contractual. Y también con carácter excepcional, las especiales circunstancias actuales de evaluación de la moneda, inflación, etc... han traído consigo que el Tribunal Supremo haya tomado en cuenta dicha alteración en los contratos onerosos de ejecución diferida o tracto sucesivo cuando los contratantes no debieron prever dicha alteración y los resultados lesionen gravemente la equidad y los principios de la onerosidad o igualdad de los contratantes”.

²⁷² Paulo Luiz Netto Lobo, *Princípios dos contratos e mudanças sociais*, p. 103, define assim este princípio: “O princípio da equivalência material busca realizar e preservar o equilíbrio real de direitos e deveres no contrato, antes, durante e após sua execução, para harmonização dos interesses. Esse princípio preserva a equação e o justo equilíbrio contratual, seja para manter a proporcionalidade inicial dos direitos e obrigações, seja para corrigir os desequilíbrios supervenientes, pouco importando que as mudanças de circunstâncias pudessem ser previsíveis. O que interessa não é mais a exigência cega de cumprimento do contrato, da forma como foi assinado ou celebrado, mas se sua execução não acarreta vantagem excessiva para uma das partes e desvantagem excessiva para outra, aferível objetivamente, segundo as regras da experiência ordinária. O princípio clássico *pacta sunt servanda* passou a ser entendido no sentido de que o contrato obriga as partes contratantes nos limites do equilíbrio dos direitos e deveres entre elas.”

²⁷³ José Antonio Álvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 115, consigna que: “En definitiva la tendencia del Derecho moderno es fundar un modelo de justicia en las relaciones económicas en el que la equivalência material tiene um papel significativo que tiende a sustituir el principio liberal de la autonomía de la voluntad.”

ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ ²⁷⁴, no antigo regime o justo preço era o elemento moral que dava suporte à teoria contratual. A causa surgiu como sucedâneo da teoria do justo preço na qualidade de elemento de reestruturação e limitação da autonomia da vontade. Nesta nova construção o enriquecimento sem causa figura como um contra peso. É uma forma de controle para a efetivação dos fins sociais e jurídicos que se encontram desamparados no esquema do direito patrimonial liberal que leva às últimas conseqüências o dogma da autonomia da vontade.²⁷⁵

A lei consagrou algumas situações típicas em que a exigência do justo preço, sob a nova roupagem da causa, funciona como elemento qualificador da exigibilidade do contrato, defendendo os contratantes de situações em que a aplicação incondicional do princípio da *pacta sunt servanda* conduziria à transferências patrimoniais desprovidas de causa justificativa:

A) *A vedação da usura (artigo 192, §3º. da Constituição Federal, artigo 591 do Código Civil e Lei de Usura – Decreto 22.626/33)*

²⁷⁴ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 108.

²⁷⁵ Em uma situação em que uma grande companhia cervejaria deixou de renovar um contrato de revenda de distribuição com uma distribuidora de bebidas sem qualquer justificação, Ives Gandra da Silva Martins, Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – Inexistência de justa causa – Enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração do trabalho alheio – Conformação do abuso de poder econômico. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, p. 131-132, emitiu parecer no sentido de que o enriquecimento sem causa seria o meio adequado para equacionar a questão ante a forma leonina de rescisão do contrato celebrado: “Ora, o princípio do ‘pacta sunt servanda’ e aquele da autonomia da vontade tornam-se princípios relativos, sempre que o texto contratual provoque desequilíbrio de tal natureza que uma das partes sofra sérios prejuízos e a outra lucros indevidos, por força da aplicação de cláusula acordada sem liberdade real e aplicada, de forma inesperada, em face da tradição de sua inaplicabilidade nas relações econômicas entre as partes. À evidência, a surpresa de sua aplicação não prevista, pela tradição operacional da concedente, não configura a teoria da imprevisão, em que a inevitabilidade é elemento também relevante, não se podendo falar em inevitabilidade de cláusula acordada para não ser aplicada, mas em tese existente. A teoria do desequilíbrio contratual, todavia, não se restringe à teoria da imprevisão. A do enriquecimento ilícito também a conforma, sempre que o beneficiário é o poder contratante mais forte e o prejudicado aquele de menor força.”

B) *A resolução ou revisão judicial dos contratos de trato sucessivo ou execução diferida por onerosidade excessiva – Teoria da imprevisão (artigos 317, 478, 479 e 480 do Código Civil)*

C) *A modificabilidade judicial da cláusula penal nos casos em que exceda o dano efetivo (artigo 413 do Código Civil)*²⁷⁶

D) *A anulabilidade do negócio jurídico em casos de simulação, fraude, lesão ou estado de perigo (artigos 156, 157, 158, 159 e 167 do Código Civil)*

Mas a jurisprudência também vem admitindo a aplicação direta da teoria do enriquecimento sem causa para revisão dos contratos e para interpretação de seus termos, buscando a equivalência material das prestações em detrimento da prevalência das disposições contratuais pactuadas²⁷⁷ ou previstas em lei. Segundo ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, a tendência do direito moderno é fundar um modelo de

²⁷⁶ “Pode o julgador reduzir o percentual fixado a título de cláusula penal no instrumento contratual da promessa de compra e venda, quando o valor avençado acarreta excessiva onerosidade ao promissário-comprador e propicia o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor.” RESP 330017/Sp, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 18/02/2002, p. 421

“Se a multa decendial prevista no contrato é aplicada pela sentença transitada em julgado sem previsão do *dies a quo* para sua fluência, a fixação deste em fase de execução, por ocasião do julgamento dos embargos do devedor, se vier a resultar em valor superior ao limite estabelecido no art. 920 da lei substantiva civil – o da obrigação principal – dá margem à incidência da aludida norma, evitando-se enriquecimento sem causa do autor.” RESP 253004/SP, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 07/05/2001, p. 147. Neste sentido RESP 422966/SP, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01/03/2004, p. 18.

“O objetivo buscado pelo legislador, ao prever a pena pecuniária no art. 644, CPC, foi coagir o devedor a cumprir a obrigação específica. Tal coação, no entanto, sem embargo de equiparar-se às “astreintes” do direito francês, não pode servir de justificativa para o enriquecimento sem causa, que ao direito repugna.” RESP 13416/RJ, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 13/04/1992, p. 5001.

²⁷⁷ Segundo Luiz Guilherme Loureiro, *Teoria geral dos contratos no novo Código Civil*, p. 52, “A função social do contrato, conseqüentemente, é velar pela eqüitativa distribuição de riquezas, de forma a assegurar que o patrimônio inicial das partes, por ocasião da celebração da avença, não seja afetado de forma desproporcional por força do cumprimento do contrato. O contrato não deve representar fonte de enriquecimento sem causa ou violar as noções básicas de eqüidade. Seu papel fundamental é assegurar a livre circulação de bens e serviços, a produção de riquezas e a realização de trocas, sempre de forma a favorecer o progresso social, evitando o abuso do poder econômico e a relação desigual entre os co-contratantes.”

justiça nas relações econômicas no qual a equivalência material tenha um papel significativo que tende a substituir o princípio liberal da autonomia da vontade.²⁷⁸

Passa-se agora à análise de algumas situações concretas que ilustram esse posicionamento. É paradigmático o exemplo de uma forte corrente jurisprudencial valorista, fundada na equivalência material das prestações, que tem utilizado a técnica do enriquecimento sem causa para aplicar a correção monetária em contratos em que ela não era prevista, minimizando os efeitos da inflação.²⁷⁹ Ante o progressivo decréscimo do valor da moeda²⁸⁰, foi necessário que o mercado encontrasse meios para conviver com a inflação mediante a adoção das medidas de correção monetária. Ocorre que a previsão legislativa destes mecanismos foi mais morosa e coube à jurisprudência, fundada no enriquecimento sem causa, o papel de introduzir a correção monetária no âmbito jurídico, independentemente de previsão legal ou contratual.

Os casos relativos à aplicação de correção monetária em contratos em que ela não era prevista são emblemáticos, como demonstram as ementas ora transcritas:

²⁷⁸ José Antonio Alvarez-Caperochipi, *op. cit.*, p. 115.

²⁷⁹ Gustavo Tepedino, *Temas de direito civil*, p. 109, doutrinariamente endossa esta orientação jurisprudencial: “Diante de tais considerações, se é verdade que a inflação, no comum dos casos, provoca uma alta meramente nominal dos preços, não sugerindo a revisão dos contratos por excessiva onerosidade, certo é que outras avenças, pactuadas em *quantum* periódico fixo, devem ser revistas sempre que a sua manutenção possa consagrar o enriquecimento sem causa do devedor, em detrimento do credor, no curso de negócio a trato sucessivo ou à execução diferida; mormente quando se trata de retribuição por prestação de serviços ou resultado do trabalho físico ou intelectual do credor, hipóteses em que o locupletamento significaria a exploração gratuita de valores indisponíveis, constitucionalmente tutelados.”

²⁸⁰ Segundo Cledi Manica Moscon, *O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro*, p. 88 “O século XX já foi definido como a ‘era da inflação’, em virtude da institucionalização do progressivo decréscimo do poder aquisitivo da moeda que atingiu, na maioria dos países, proporções tais que não foi mais possível manter a ‘ilusão da moeda estável’, a qual se referia IRVING FISCHER. Ao contrário, o aumento brutal do custo de vida exigiu que a sociedade se reorganizasse para conviver com a inflação, encontrando um substituto adequado para a moeda, que não mais atendia à sua função, de ‘ponte entre o passado, o presente e o futuro’ ou da ‘medida de valor de todas as coisas’.

Consoante reiteradamente afirmado pela corte, não constituindo um plus mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa. (RESP 4874/SP, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 04/03/1991, p. 1987.)²⁸¹

Em se tratando de ilícito contratual, a jurisprudência do Tribunal (v.g. RESP 4.874/SP – RJU de 4391), para coibir o enriquecimento sem causa, é firme no sentido da incidência da correção monetária desde o evento lesivo, mesmo que anterior a lei 6.899/81. (RESP 12673/RS, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 21/09/1992, p. 15694)

Constitui disposição leonina a cláusula de contrato de adesão, a qual dispõe sobre a restituição, sem correção monetária, do valor financiado para construção de rede de eletrificação rural, posto acarretar o enriquecimento sem causa da concessionária de serviço público. (AGA 466820, 1ª. Turma, STJ, rel. Ministro Luiz Fux, DJ 19/05/2003, p. 138)

A correção monetária não se constitui em um plus, senão em uma mera atualização da moeda aviltada pela inflação, impondo-se como um imperativo de ordem jurídica, econômica e ética. Jurídica, porque o credor tem o direito tanto de ser integralmente ressarcido dos prejuízos da inadimplência, como o de ter por satisfeito, em toda a sua inteireza, o seu crédito pago com atraso. Econômica, porque a correção nada mais significa senão um mero instrumento de preservação do valor do crédito. Ética, porque o crédito pago sem correção importa em um verdadeiro enriquecimento sem causa do devedor, e a ninguém é lícito tirar proveito de sua própria inadimplência. (RESP 54470/RJ, 1ª. Turma, STJ, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ 06/03/1995, p. 4322)

Em se tratando de ilícito contratual, caracterizada a dívida como de valor, incide a correção monetária a partir da data do efetivo prejuízo (súmula 43 – STJ), mesmo porque a lei 6.899/81 não veio para impedir a fluência da correção monetária aos casos em que já antes era aceita, mas sim para estendê-la aos casos em que anteriormente não era admitida. Representando mera atualização do valor aquisitivo da moeda aviltada pela inflação, impõe-se a correção como 'imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa. (RESP 18606/SP, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Athos Carneiro, DJ 21/06/1993, p. 12370.)

A jurisprudência também contribuiu para consolidar a correção monetária como forma de garantir o valor real da moeda na devolução das parcelas pagas por força de desistência do plano nos contratos de consórcio, nas cartas de crédito para aquisição de bens entregues pelas administradoras dos consórcios, nos contratos de financiamento e nos débitos judiciais. Inclusive foi editada a súmula 35 do Superior Tribunal de Justiça que assim estatui: “Incide correção monetária sobre as

²⁸¹ Nesse sentido, RESP 28852/PE, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 28/02/1994, p. 2891.

prestações pagas, quando de sua restituição, em virtude da retirada ou exclusão do participante de plano de consórcio.”

Outra situação em que aflora o princípio valorista em detrimento do nominalista fundado na equivalência material das prestações é o das dívidas pactuadas em moeda estrangeira que deveriam ser pagas de acordo com a taxa de conversão à moeda corrente na data do pagamento. A abrupta alteração das taxas de câmbio pode ensejar a revisão de cláusula contratual para coibir o enriquecimento sem causa do outro contratante. Neste sentido a decisão proferida pela 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Agravo Regimental 430393/RJ, da lavra do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. “A abrupta e forte desvalorização do real frente ao dólar americano constitui evento objetivo e inesperado apto a ensejar a revisão de cláusula contratual, de modo a evitar o enriquecimento sem causa de um contratante em detrimento do outro.” (DJ 05/08/2002, p. 339.)²⁸²

A abusividade de cláusulas contratuais que implicam o enriquecimento sem causa de uma das partes contratantes também é combatida na jurisprudência. Observa-se que em muitas decisões foi considerada nula a cláusula que estipulava a perda integral das parcelas pagas em contrato de promessa de compra e venda de imóvel em caso de inadimplemento do promitente-comprador. Neste sentido as seguintes decisões:

Mesmo se o contrato de promessa de compra e venda de imóvel em construção estabelecer, para a hipótese de inadimplemento do promitente-comprador, a perda total das quantias pagas, e ainda que tenha sido celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, deve o Juiz, autorizado pelo disposto no art. 924 do Código Civil, reduzi-la a patamar justo, com a finalidade de evitar o enriquecimento sem causa de qualquer das partes. (RESP 186009/SP, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJ 29/11/1999, p. 160.)

²⁸² Vide também AGA 456863/RS, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 18/11/2002, p. 215.

A jurisprudência desta Corte assentou o entendimento de que pode o juiz reduzir proporcionalmente a perda das quantias pagas pelo promissário adquirente nos casos de resolução de contrato de compra e venda celebrado antes da vigência do Código de Defesa do Consumidor, fixando-a em patamar justo, com base no art. 924 do Código Civil, que se traduz na aplicação do princípio geral de direito que veda o enriquecimento sem causa. (RESP 284157/AL, 4ª. Turma, STJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 02/04/2001, p. 301.)

É inválida a cláusula contratual que prevê a perda de parte das parcelas pagas pelo promissário-comprador, com a rescisão do compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que seja a título de direito às arras, quando tal valor represente o enriquecimento sem causa do promitente-vendedor. (RESP 223118/MG, 3ª. Turma, STJ, rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 08/04/2002, p. 208.)

Também se pode mencionar um grupo expressivo de decisões que admite a devolução da totalidade das contribuições pessoais vertidas aos planos de previdência privada quando o beneficiário deles se desliga, mesmo que não haja previsão contratual nesse sentido. Como bem ilustra a decisão proferida pela 3ª. Turma do Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial 456413/PR, da lavra da Ministra Nancy Andrighi: “Ainda que o estatuto assim não preveja, tem o beneficiário de plano de previdência priva o direito à restituição da totalidade das contribuições pessoais vertidas, sob pena de enriquecimento ilícito da entidade de previdência privada.” (DJ 10/03/2003, p. 202).

Também é de se admitir que nem sempre o contrato consegue prever todos os desdobramentos que podem decorrer de sua execução, máxime nos contratos de execução diferida. Em algumas situações a racionalidade econômica da operação resulta alterada por circunstâncias não contemporâneas e nem previsíveis à época da formação do contrato, mas surgidas posteriormente. Podem verificar-se acontecimentos novos da mais variada natureza que revolucionem o programa contratual transformando-o numa fonte de vantagens inesperadas para os contratantes ou para terceiros. Também nestes casos há espaço para a atuação do instituto do enriquecimento sem causa como forma de corrigir atribuições patrimoniais desprovidas de justificação.

Por fim, tende-se a admitir, nos quadros do enriquecimento sem causa, a restituição do lucro ilícito obtido graças à violação do contrato, sem abrir mão da obrigação emergente do incumprimento do contrato. Um dos contratantes culposamente viola sua obrigação contratual porque deste inadimplemento obtém vantagens. Considerando que o contrato só constitui uma causa de justificação de um enriquecimento quando, além de válido, for corretamente executado, surge nestes casos uma obrigação de restituição.²⁸³

²⁸³ Júlio Manuel Vieira Gomes, *O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa*, p. 766-67, tem opinião diversa. Entende que não é necessário invocar o instituto do enriquecimento sem causa como fonte autônoma de obrigações para solver situações de restituição de lucros obtidos graças ao inadimplemento contratual. Esta resposta mais dura e intensa deve ser reservada à tutela dos direitos absolutos, ao nível da responsabilidade civil. Em suas palavras, “É que, na responsabilidade contratual, existem outros meios de dissuadir e de punir a prática de factos ilícitos danosos: além da vantagem que cada uma das partes procura obter num contrato oneroso, podem prever-se cláusulas penais e até, inclusive, cláusulas penais genuinamente sancionatórias. Até certo ponto, pode mesmo dizer-se que o grau de protecção que cada uma das partes tem, face a comportamentos oportunistas da outra parte, é o grau de protecção que ela desejou ter, e que teve o cuidado de assegurar, no contrato, para si própria.”

CONCLUSÃO

O nosso ordenamento jurídico dispõe dos mecanismos necessários e suficientes para a resolução dos conflitos decorrentes de atribuições patrimoniais operadas sem uma causa justificativa. O trabalho empreendido assemelha-se a uma jornada, reconhecidamente inconclusa porque foram percorridos apenas alguns e não todos os trajetos possíveis, cujo destino é a construção de pautas ou guias que possam proporcionar coerência e integridade para um adequado tratamento do enriquecimento sem causa no direito brasileiro contemporâneo.

A análise da doutrina nacional e das decisões judiciais fundadas no enriquecimento sem causa levou à constatação de que o tema ainda não se encontra adequadamente sistematizado. De uma maneira geral, sua compreensão está muito mais arraigada a uma concepção primitiva do instituto, que o identifica com um princípio geral de conteúdo difuso e aproximado à equidade, do que propriamente à sua acepção técnica. A contribuição que se traz é a de auxiliar na superação deste estágio mais elementar e intuitivo e, a partir de uma dogmática crítica, potencializar a aplicação do enriquecimento sem causa como modo satisfatório de recomposição patrimonial nos casos de atribuições desprovidas de causa justificativa.

Lançou-se um olhar franco e curioso sobre o enriquecimento sem causa para possibilitar uma travessia que, partindo da coleta e sistematização dos saberes já produzidos pelo direito clássico e passando por uma releitura dogmática do instituto, muito voltada à busca de soluções concretas para os problemas reais, atingisse a

contemporaneidade encontrando um enriquecimento sem causa revitalizado e potente para fazer face a um futuro cada vez mais complexo e diversificado.

Esta travessia refletiu um movimento consente com a linha de pesquisa eleita, que visa traçar novos paradigmas para o direito contemporâneo. Ao revisitar os parâmetros do direito civil traçados na modernidade em que, pelo menos nos sistemas originados na matriz do código napoleônico, o enriquecimento sem causa foi legado ao plano secundário porque não se adequava ao sistema regido pelo dogma da vontade, chegou-se à contemporaneidade. Neste novo tempo reconhece-se que o sujeito de direitos não tem o dom de comandar todas as transferências patrimoniais que se verificam e que existe um amplo espaço onde o contrato e a responsabilidade civil revelam-se impotentes para equacionar satisfatoriamente as questões suscitadas. E foi para denunciar esta lacuna do sistema oitocentista e para evidenciar as possibilidades do enriquecimento sem causa na atualidade que se desenvolveu o trabalho.

O enriquecimento sem causa é concebido como fonte autônoma de obrigações, mas isto não é suficiente para explicá-lo. Tem-se a consciência de que em torno do instituto convivem diversos paradigmas que se interpenetram na tentativa de refletir a complexidade que o envolve: enriquecimento sem causa como princípio geral de direito, como 'quase-contrato' e como ação destinada a corrigir os desequilíbrios patrimoniais desprovidos de causa.

A definição do enriquecimento sem causa como fonte de obrigações é uma idéia central do trabalho que afasta uma concepção empírica de que, na qualidade de princípio geral de direito, ele se presta a paliativo para solucionar problemas práticos sem observância da recomendável técnica jurídica. Também o coloca numa delicada posição entre o contrato e a responsabilidade civil, outras fontes de obrigações das quais se diferencia, mas com as quais se relaciona intensamente,

sendo que muitas vezes todas se complementam e interpenetram para satisfatoriamente equacionar as situações concretas.

A consideração do enriquecimento sem causa como um instituto unitário fundado numa cláusula geral é outra força motriz do trabalho. Quando o artigo 884 do Código Civil cria a obrigação genérica de restituir o benefício obtido sem justa causa à custa de outrem adere a uma visão inovadora, aberta e flexível, descortinando uma gama bastante variável de possibilidades de aplicação do enriquecimento sem causa.

O estudo foi estruturado a partir da concepção de que para a configuração de um enriquecimento sem causa apto a gerar uma obrigação de restituição é necessária a coexistência de três, e somente três, elementos: a) um enriquecimento – deslocamento patrimonial consubstanciado em uma vantagem decorrente da aquisição ou incremento de valor de bens ou direitos de crédito, sem a desvantagem equivalente; b) a ausência de causa – falta de causa da atribuição patrimonial entendida como o motivo jurídico, justificação do aporte de um bem a determinado patrimônio, e c) a obtenção à custa de outrem – a necessidade de que o enriquecimento tenha sido obtido por terceiro às expensas daquele a quem estava afetada a destinação econômica do bem. A aferição da coexistência simultânea destes três fatores é que delimita o campo de aplicação do enriquecimento sem causa. Se presentes, está autorizada a utilização de seu regime, caso contrário não é possível utilizá-lo como um remédio paliativo para justificar soluções avessas à melhor técnica jurídica. O enriquecimento sem causa não é uma panacéia apta a endireitar qualquer disparate jurídico e nem pode ser encarado como um elemento casual e regulado por disposições isoladas e dispersas. É dotado de marcos teóricos bastante precisos e de um regime coerente conforme foi explicitado no curso do trabalho.

Muitas vezes alguns requisitos reducionistas são associados à qualificação do enriquecimento sem causa, quais sejam, a necessidade de um empobrecimento concomitante, a falta de culpa daquele que exige a restituição, a exigência de imediação e a subsidiariedade da obrigação, entendida como a necessidade de esgotamento prévio de outros meios legais para a obtenção da restituição do enriquecimento. Mas estes requisitos devem ser refutados. Eles são reflexos do caráter de informalidade que marcou o ingresso do enriquecimento sem causa em sistemas jurídicos regidos pelo individualismo e pelo voluntarismo, como o eram as codificações do século XIX. Para reduzir o âmbito de aplicação do enriquecimento sem causa porque ele ameaçava a suposta plenitude do sistema, surgiram molduras teóricas para aprisioná-lo como o caráter de subsidiariedade, a necessidade de falta de intervenção da vontade daquele que exige a restituição e a presença de uma variação patrimonial negativa. Mas estes requisitos não resistem a um exame mais acurado porque não fazem parte da essência do enriquecimento sem causa. Foram tentativas vãs de evitar que um instituto que ignorasse a relevância da vontade do sujeito pudesse adquirir importância no cenário jurídico, cujos vestígios ainda observamos até mesmo na legislação, como demonstra o teor do artigo 886 do novo Código Civil, ao consagrar a insustentável exigência de que não existam outros meios para que o titular da pretensão de enriquecimento receba a restituição devida.

A adesão à concepção unitária do instituto, rejeitando a idéia de conduzir o estudo por meio da criação de tipos numa classificação apriorística e estanque, incompatível com a idéia do direito como objeto cultural em constante mutação, não prescindiu de uma conexão com as demais normas e de um diálogo com a experiência para torná-lo mais facilmente inteligível e aplicável.

Conclui-se, pois, que a restituição do enriquecimento sem causa é um mecanismo satisfatório para a recomposição patrimonial em casos de benfeitorias, acessões, pagamento indevido, prestações derivadas de negócios jurídicos

inválidos, lucros obtidos por intervenção em direitos ou bens jurídicos alheios e contratos com flagrante desequilíbrio na equivalência das prestações. Este rol de hipóteses de aplicação do enriquecimento sem causa não é taxativo. Constitui uma análise das situações em que mais freqüentemente ele é observado e comprova a existência de um regime unitário e coerente aplicável a outras situações em que se fizerem presentes concomitantemente os três elementos caracterizadores do enriquecimento sem causa.

A adoção do elemento subjetivo de análise – boa ou má-fé do enriquecido – como critério que influencia a fixação do montante da restituição do enriquecimento sem causa possibilitou o aporte de uma coerência de análise ímpar ao tema e auxiliou sobremaneira na possibilidade de identificação deste regime unitário. Assume-se que o objeto da restituição do enriquecimento sem causa é o enriquecimento real, que corresponde ao valor objetivo e autônomo da vantagem adquirida. O enriquecimento patrimonial, que reflete a diferença para maior produzida na esfera econômica do enriquecido, se comparadas a situação atual efetiva e aquela hipotética em que se encontraria o patrimônio se a deslocação não houvesse acontecido, funciona apenas como limite à obrigação caso o enriquecido esteja de boa-fé. Admitir a boa ou má-fé como fatores decisivos na avaliação da existência da pretensão fundada no enriquecimento sem causa e na fixação do montante da restituição torna o instituto muito mais satisfatório como critério de solução de conflitos, por conferir-lhe uma permeabilidade a variações decorrentes dos elementos subjetivos da conduta do agente. E isso melhor satisfaz aos anseios de uma ordem jurídica justa que trata com diferentes critérios situações distintas.

A antiga figura do enriquecimento sem causa, que tem raízes no direito romano clássico e foi omitida pelas codificações do século XIX, conta com uma importante elaboração doutrinária e rica aplicação jurisprudencial no direito

comparado. No Brasil, a recente consagração legislativa pelo novo Código Civil (artigos 884 a 886) concedeu-lhe um novo impulso.

O escopo do trabalho consistiu em elucidar a figura do enriquecimento sem causa, porque, desde logo, se percebeu que a vedação do enriquecimento sem causa tem potencial para ocupar um relevante espaço no direito obrigacional, já que pode ser um instrumento assaz eficiente para o controle da correspondência necessária entre as atribuições patrimoniais e suas causas, prestando-se, em última análise, à concreção do ideal de igualdade que permeia o contemporâneo civil atual. Serviu também para revelar que, como todo trabalho científico, na medida em que foi se desenvolvendo foi se construindo e se dissecando. Prestou-se, ainda, a explicitar a visão de sistema jurídico assumida neste estudo, na qual se inseriu uma versão original do tema desatrelada dos quadros mentais obsoletos em que o direito obrigacional se exaure na temática dos contratos e da responsabilidade civil.

O estudo promoveu, em suma, o resgate de um instituto sob uma visão nova e diferenciada, por meio de uma sistematização que revelou limites e possibilidades do regime jurídico do enriquecimento sem causa à luz dos desafios a serem arrostados pelo Direito Civil brasileiro contemporâneo ao início do século XXI.

Finalizando, poder-se-ia dizer que o enriquecimento sem causa no direito brasileiro é comparável a um diamante bruto, no sentido de que é um instituto com grandes potencialidades, mas que vem merecendo pouca atenção e estudo. A intenção foi analisá-lo, lapidando-o e revelando as suas múltiplas facetas a fim de que estas lancem seu brilho e luz para iluminar zonas obscuras nas quais o direito vem se servindo de expedientes inadequados ou insuficientes para auxiliar na solução dos conflitos. Intenta-se projetá-lo para o futuro como instituto consente com as aspirações comuns de equidade e justiça nas atribuições patrimoniais.

BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR., Ruy Rosado de. Projeto do Código Civil: as obrigações e os contratos, *in* **Revista dos Tribunais**, v. 775, p. 29 e segs.

ALMEIDA, L. P. Moitinho. **Enriquecimento sem causa**. 2^a. Ed, Lisboa: Almedina:1998.

ALPA, Guido. Causa e contratto: profili attuali, *in* **Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica**. Torino: G. Giappichelli Editore, 1997.

ALVAREZ, Manuel de la Camara. Enriquecimiento injusto y enriquecimiento sin causa. *In* **Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin causa**. Madrid: Editorial Civitas, 1988 .

ÁLVAREZ-CAPEROCHÍPI, José Antonio. **El enriquecimiento sin causa**. 3^a. Ed., Granada: Editorial Comares, 1993.

ALVIM, Agostinho. Do enriquecimento sem causa. **Revista Forense**. Rio de Janeiro, v. 173, p. 47-67, set./out. 1957.

AMARAL, Francisco. A equidade no Código Civil brasileiro. *In* **Aspectos controvertidos do novo Código Civil: escritos em homenagem ao Ministro José Carlos Moreira Alves**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

AMERICANO, Jorge. **Ensaio sobre o enriquecimento sem causa: dos institutos de direito em que se manifesta a condenação do locupletamento injustificado**. São Paulo: Livraria Acadêmica, 1933.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de. **Teoria geral da relação jurídica**. Coimbra: Almedina, 1974. v. 1 e 2.

ARRUE, Xabier Basozabal. **Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno**. Madrid: Editorial Civitas, 1998.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **O direito: introdução e teoria geral**. 3a. Ed., Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1983.

ASTUTI, Guido. Arricchimento (azioni di): premessa storica. **Enciclopedia del diritto**. Milano: Giuffrè, 1958, v. 3.

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico: existência, validade e eficácia**. 3^a. Ed., São Paulo: Saraiva, 2000.

BAPTISTA, Joaquim de Almeida. Consórcios – Modificações decorrentes do advento do Código de Defesa do Consumidor como obstáculo para o enriquecimento sem causa. A questão do ato jurídico perfeito e do direito adquirido. **Revista trimestral de jurisprudência dos estados**. São Paulo: Editora Jurid Vellenich Ltda, . v. 25. n. 180. p. 57-72. jan./mar. 2001.

BARCELLONA, Pietro. Notte critiche in tema di rapporti fra negozio e giusta causa dell'attribuzione. **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**. p. 11-79. 1965

BENNETT, T. W. Choice of law rules in claims of unjust enrichment. **International and Comparative Law Quaterly**. London, v. 39, n. 1, p. 136-68, jan. 1990.

CAMPOS, Diogo Paredes Leite de. **A subsidiariedade da obrigação de restituir o enriquecimento**, Coimbra: Livraria Almedina, 1974.

_____. Enriquecimento sem causa e responsabilidade civil. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, p. 39-55. 1982.

_____. O enriquecimento sem causa em direito brasileiro. **Revista brasileira de direito comparado**. Rio de Janeiro. n. 23, 2º. Semestre de 2002.

_____. Enriquecimento sem causa, responsabilidade civil e nulidade. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 560, p. 259-266, jun./1982.

CANARIS, Claus-Wihelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro, 2ª. Ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

_____. **Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas**. Tradução de Daniela Brückner y José Luis de Castro. Madrid: Editorial Civitas, 1995.

CAPUCHO, Fábio Jun. Considerações sobre o enriquecimento sem causa no novo código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo. v. 4. n. 16. p. 6-27. out./dez. 2003.

CARVALHO, Orlando de. **Direito das Coisas**, Coimbra, 1977.

CASTANHEIRA NEVES, António. **Questão-de-fato-questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade: ensaio de uma reposição crítica**. Coimbra: Almedina, 1967.

CERVEIRA, Fernanda Pessoa. Enriquecimento sem causa: da legislação civil atual ao novo Código Civil . **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo. v. 11. n. 44. p. 141-67. out./dez. 2002

CÓDIGO CIVIL PORTUGUÊS: Aprovado pelo decreto-lei 47.344, de 25 de novembro de 1966. Coimbra: Livraria Almedina, 1992.

COELHO, Francisco Manuel Pereira. **O enriquecimento e o dano**. Coimbra: Livraria Almedina, 1999.

CORDEIRO, Antonio Manuel da Rocha e Menezes, **Da boa fé no direito civil**. Coimbra: Livraria Almedina, 1985.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das Obrigações**. 6ª. ed, Coimbra: Livraria Almedina, 1994.

COUTO E SILVA, Clóvis do. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

DE LUCCA, Newton. **Comentários ao Novo Código Civil, volume XII: dos atos unilaterais. Dos títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEON, Luis. La doctrina del enriquecimiento injustificado. *In* **Dos Estudios sobre el Enriquecimiento sin causa**. Madrid: Editorial Civitas, 1988.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**, v.3: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais, 18ª. Ed, São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. v. 4: direito das coisas, 18ª. Ed, São Paulo: Saraiva, 2002.

DOWER, Nelson Godoy Bassil. **Curso Moderno de Direito Civil 2: Direito das obrigações**. São Paulo: Nelpa, 1997.

DRAKIDIS, M. Philippe. La 'subsidiarité', caractère spécifique et international de l'action d'enrichissement sans cause. **Revue Trimestrielle de Droit Civil** Paris: Sirey, n. 4, p. 577-615, oct./dec. 1961.

ECHEVERRÍA, José. La responsabilidad fundada en el enriquecimiento injusto y su proyección hacia los problemas ético-jurídicos y políticos de nuestro tiempo. **Revista Jurídica de la Universidad Interamericana de Puerto Rico**. Santurce. V. 24. n.2. p. 193-211. ene./abr. 1990.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho**, Madrid: Editorial Civitas: 1984.

ESTEVE GONZALEZ, Lydia. El enriquecimiento injusto y sin causa y la "calificación autónoma" del supuesto de hecho del artículo 10.9.III del código civil español. **Revista de Derecho Privado**. Madrid. p. 705-22. oct. 1999.

FABREGA PONCE, Jorge. **El enriquecimiento sin causa**. Colombia: Plaza e Janes Editores Colombia S.A., 1996

FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. O 'aggiornamento' do direito civil brasileiro e a confiança negocial. *In* FACHIN, Luiz Edson (coord.) **Repensando fundamentos do direito civil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.

_____. **Teoria crítica do direito civil**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2000.

FERNÁNDEZ-NOVOA Y RODRÍGUEZ, Carlos. **El enriquecimiento injustificado en el derecho industrial**. Madrid: Marcial Pons, 1997.

FERREIRA, José G. do Valle. **Enriquecimento sem causa**. Belo Horizonte: Imprensa Oficial, 1949.

FONSECA, Ricardo Marcelo. Notas sobre a construção de um discurso historiográfico jurídico. **Revista Sequência**, n. 30, 1995, p. 100-107.

_____. A Lei de Terras e o advento da propriedade moderna no Brasil. **Anuário Mexicano de Historia del Derecho**, XVII, 2005, p. 97-112.

FRANCISCO, Caramuru Afonso. O enriquecimento sem causa nos contratos. *In* BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

FROTA, José Eduardo da Rocha. Ação de enriquecimento sem causa. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 36, p. 43-78, out./dez. 1984.

GALLO, Paolo. Arricchimento senza causa e quasi contratti. **Trattato di diritto civile diretto da Rodolfo Sacco**. Torino, 1996.

_____. **L'arricchimento senza causa**. Padova: Cedam, 1990.

_____. Unjust enrichment: a comparative analysis. **The American Journal of Comparative Law**. Berkeley. v. 40. n. 2. p. 430-66, 1992.

GEROTA, Demètre G. **La théorie de l'enrichissement sans cause dans le Code Civil allemand**. Paris, 1925.

GOMES, Júlio Manuel Vieira. **O conceito de enriquecimento, o enriquecimento forçado e os vários paradigmas do enriquecimento sem causa**. Porto: Coimbra Editora, 1998.

_____. O dano da privação do uso. **Revista de Direito e Economia**, 1986, vol. 12, págs. 169 e segs.

GOMES, Orlando. **Direitos reais**. 19ª. Ed. Atualizada por Luiz Edson Fachin. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____. **Introdução ao direito civil**. 6ª. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

_____. **Obrigações.** 16^a. Ed. Atualizada por Edevaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

GORÉ, François. **L'enrichissement aux dépens d'autrui, source autonome et générale d'obligations en droit privé français. Essai d'une construction technique.** Paris, 1949.

GROSSI, Paolo. La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico. **Il dominio e le cose. Precezioni Medievali e moderne dei diritti reali.** Milano: Giuffrè Editore. 1992.

_____. **L'inaugurazione della proprietà moderna.** Napoli: Guida Editori.

_____. **La propiedad y las propiedades. Um análisis histórico.** Traducción y 'Prólogo para civilistas' de Angel M. López y López. Madrid: Editorial Civitas, 1992.

GUASQUE, Luiz Fabião. A responsabilidade da lei de enriquecimento ilícito. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. v. 84. n. 712. p. 358-61. fev. 1995.

LARENZ, Karl. **Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica.** Trad. Luis Díez-Picazo. Madrid: Civitas Ediciones, 1985 (reimpressão 1992).

_____. **Derecho de Obligaciones.** Tradução de Jaime Santos Briz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1958-1959, v. 1 e 2.

_____. **Metodología da ciência do direito.** Tradução de José Lamego. 3^a. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil brasileiro. **Revista CEJ.** Brasília, n. 25, p. 24-33, abr./jun. 20004.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica.** 6^a. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

LÔBO, Paulo Luiz Netto. Constitucionalização do direito civil. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília: Senado Federal, v. 141, p. 99-109, jan./mar.1999.

_____. **Direito das Obrigações.** Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

_____. Princípios dos contratos e mudanças sociais. **Revista Jurídica.** Porto Alegre: Notadez Informação Ltda., 2005, Ano 53, n° 329, p. 9-17.

LOUREIRO, Luiz Guilherme, **Teoria geral dos contratos no novo Código Civil.** São Paulo: Método, 2002.

LÖWY, Michael. **As aventuras de Karl Marx contra o Barão de Münchhausen.** 8^a. ed., São Paulo: Cortez, 2003.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. Pagamento indevido e enriquecimento sem causa. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, v. 93, p. 115-32. jan./dez. 1998.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Recurso extraordinário e recurso especial**. 2ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1991.

MARTINS-COSTA, Judith; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes teóricas do novo Código Civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.

MARTINS-COSTA, Judith. O direito privado como um “sistema em construção” – as cláusulas gerais no projeto do código civil brasileiro. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, a. 87, v. 753, p. 24-48, jul. 1998.

_____, A teoria da causa em perspectiva comparativista: A causa no sistema civil francês e no sistema civil brasileiro. **Ajuris**, vol. 45, p. 213-243.

MARTINS FILHO, Montauray dos Santos. Cheque prescrito e as ações de enriquecimento e cobrança. **Revista dos Juizados Especiais: doutrina e jurisprudência**. Porto Alegre. v. 11, n. 38. p. 34-41.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Não renovação de contrato de distribuição de bebidas com distribuidora que serviu à concedente por período superior a 10 anos sem qualquer indenização – Inexistência de justa causa – Enriquecimento ilícito caracterizado por aproveitamento, sem qualquer remuneração do trabalho alheio – Conformação do abuso de poder econômico. **Revista de direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo. v. 16. n. 62. p. 128-39. out./dez. 1992.

McBRIDE, Nicholas J.; McGRATH, Paul. The Nature of Restitution. **Oxford Journal of Legal Studies**. Oxford. v. 15. n. 1. p. 33-49, 1995.

MCINNES, Mitchell. Passing on in the law of restitution: a re-consideration. **The Sydney Law Review**. Sydney. V. 19. n.2. p. 179-210. jun. 1997.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Bookseller, 2003, tomo 26.

MONTEIRO, Antonio Pinto. **Contrato de Agência, Anotação ao Decreto-Lei No. 178/86 de 3 de Julho**, 2ª. ed, Coimbra, 1993.

_____. Cláusula Penal e Indenização, Coimbra, 1990.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil. Direito das obrigações. 2ª. Parte**. 34ª. ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

MOSCON, Cledi de Fátima Manica. **O enriquecimento sem causa e o novo Código Civil brasileiro**. Porto Alegre: Síntese, 2003.

MUNIZ, Francisco José Ferreira . **Textos de direito civil**. Curitiba: Juruá, 1998.

NANNI, Giovanni Ettore. **Enriquecimento sem causa**. São Paulo: Saraiva, 2004.

NEGREIROS, Teresa Paiva de Abreu Trigo de. Enriquecimento sem causa: Aspectos de sua aplicação no Brasil como um princípio geral de direito. **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa. V. 55. n.3. p. 757-845. dez. 1995.

NERY, Rosa Maria de Andrade. **Noções preliminares de direito civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. Enriquecimento sem causa. **Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 56, p. 51-78, abr./jun. 1991.

_____. Tripartição fundamental das obrigações: obrigações negociais, responsabilidade civil e enriquecimento sem causa. **Jurisprudência Catarinense**, Florianópolis: Tribunal de Justiça, v. 72, p. 93-106, 1993.

NOVO CÓDIGO CIVIL BRASILEIRO: Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante. 3ª. Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

NUNES, Rizzatto. **Manual da monografia jurídica**. 4ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

PAES, Pedro. **Introdução ao estudo do enriquecimento sem causa**. São Paulo, 1975.

PEÑALILLO AREVALO, Daniel. El enriquecimiento sin causa. Principio de derecho y fuentes de obligaciones. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 87. n. 755. p. 11-57. set. 1998.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil. Teoria Geral das Obrigações**. Vol. II. 20ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional**. Tradução de Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

PINTO, Carlos Alberto da Mota. **Teoria geral do direito civil**. 3ª. Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. **O abuso do direito e as relações contratuais**. Rio de Janeiro/São Paulo: Renovar, 2002.

RICCOBONO, S. La gestione degli affari altrui e l'azione di arricchimento nel diritto moderno, **Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni**. Parte prima, págs. 369, 1917.

RIPERT, Georges. **A regra moral nas obrigações civis**, 2ª. ed, Campinas: Bookseller, 2002.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil. Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade**. 29ª. ed., São Paulo: Saraiva:2003.

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

RUGGIERO, Roberto de. **Instituciones de Derecho Civil**. Madrid: Reus.

SACCO, Rodolfo. Le transfert de la propriété des choses mobilières déterminées par acte entre vifs en droit compare, **Rivista di Diritto Civile**, Parte Prima, p. 442-487, 1979.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente contra o desperdício da experiência**. 4ª. ed, São Paulo: Cortez, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado: 2000.

SERRA, Adriano Paes da Silva Vaz. Enriquecimento sem causa. **Boletim do Ministério da Justiça**, nº. 81, p. 5-245 e nº. 82, p. 5-287

SILVA, Clóvis do Couto e. **A obrigação como processo**. São Paulo: Bushatsky, 1976.

SIRENA, Pietro. La gestione d'affari altrui come Fonte Quase-contrattuale dell'obbligazione. **Rivista di Diritto Civile**. Padova, ano XLIII, págs. 249-290, 1997.

STIGLITZ, Gabriel. Fuentes de las obligaciones. Enriquecimiento sin causa: perspectivas de la unificación del derecho privado. **Revista del colegio de abogados de La Plata**. La Plata. v. 30. n.50. p. 115-24, 1990.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

TEPEDINO, Maria Celina Bodin de Moraes. A caminho de um direito civil constitucional. **Revista de Direito Civil**, São Paulo, n. 65, p. 21-33, 1993.

TRABUCCHI, Alberto. Arricchimento (azioni di): diritto civile. *In* **Enciclopédia de diritto**. Milano: Giuffrè, 1958, v. 3.

_____. **Istituzioni di Diritto Civile**, 12ª. Ed., Padova: Cedam , 1960.

TRIMARCHI, Pietro. **L'arricchimento senza causa**. Milano: Giuffrè, 1962.

TUCCI, José Rogério Cruz e. Identificação de Ações – Apreciação *incidenter tantum* – Não abrangência pelo julgado – Inexistência de coisa julgada material – enriquecimento indevido. **Revista Jurídica**. Porto Alegre. V. 49. n. 289. p. 43-57. nov. 2001.

TUCCI, Rogério Lauria. Dissolução de sociedade e obstatção de enriquecimento ilícito. **Revista dos Tribunais**. São Paulo. v. 89. n. 772. p. 93-102. fev. 2000.

_____. Exploração de jazida mineral – Contrato nulo – Propriedade do solo e da jazida – Ocupação do solo para fim de lavra – Participação do proprietário do solo nos resultados – enriquecimento ilícito. **Revista Forense**. Rio de Janeiro. v. 94. n. 344. p. 293-301. out./dez, 1998.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. 9ª. Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 1996, v. 1.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 3ª. Ed., São Paulo: Atlas, 2003.

VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. Arrendamento mercantil. O princípio da liberdade das convenções. Elementos estruturais e funcionais do “leasing”. Cláusula de correção cambial como “moeda de conta”. Repasse de moeda estrangeira. Prescrição das ações por enriquecimento sem causa. **Revista de direito mercantil, industrial, econômico e financeiro**. São Paulo. v. 42. n. 130. p. 247-63. abr. /jun. 2003.

ÍNDICE

SUMÁRIO	vi
RESUMO	vii
ABSTRACT	viii
 INTRODUÇÃO	 9
PARTE I MARCOS PARA O ESTUDO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	19
I.1 PREMISSAS	20
I.1.1 A OPÇÃO PELA EXPRESSÃO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	20
I.1.2 A CONSIDERAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA COMO UMA FONTE DE OBRIGAÇÕES	22
I.2 AS ELOQUENTES RAÍZES HISTÓRICAS.....	28
I.2.1 AS FONTES DE DIREITO ROMANO.....	32
I.2.2 A OCORRÊNCIA DE INTERPOLAÇÕES NO <i>CORPUS IURIS CIVILIS</i> ...	36
I.2.3 A AMPLIAÇÃO DA <i>CONDITIO</i> ROMANA PELO RACIONALISMO DOS SÉCULOS XVII E XVIII.....	38
I.2.4 O RESGATE OPERADO PELA PANDECTISTA ALEMÃ	39
I.2.5 A OMISSÃO DO CÓDIGO CIVIL FRANCÊS POR FORÇA DO DOGMATISMO EXEGÉTICO	40
I.2.6 DIREITO BRASILEIRO: DAS RAÍZES AO NOVO CÓDIGO CIVIL.....	42
I.3 OS DIVERSOS PARADIGMAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA.....	44
I.3.1 A LIGAÇÃO HISTÓRICA À EQUIDADE	44
I.3.2 A PLURALIDADE DE PARADIGMAS DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA ATUALMENTE COEXISTENTES.....	49
I.3.2.1 O Enriquecimento Sem Causa como Princípio Geral de Direito	51
I.3.2.2 O Enriquecimento Sem Causa Como Fundamento Da “Teoria Dos Quase-Contratos”	56
I.3.2.3 O Enriquecimento Sem Causa Como “Ação Subsidiária Fundada Num Princípio Geral”	58
I.3.2.4 O Enriquecimento Sem Causa Como Fundamento da “Ação Destinada A Corrigir ss Desequilíbrios Patrimoniais Produzidos Sem uma Causa Válida de Atribuição”	61
I.3.3 TESES UNITÁRIAS E TESES QUE DEFENDEM A DIVERSIDADE ENTRE VÁRIAS FORMAS DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	66
I.3.3.1 Teses Unitárias	67
I.3.3.2 Teses Fragmentárias.....	70
I.3.4 POSIÇÃO ADOTADA.....	73

I.4 ELEMENTOS INDISPENSÁVEIS À CONFIGURAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	76
I.4.1 - O ENRIQUECIMENTO	77
I.4.1.1 Enriquecimento Real e Enriquecimento Patrimonial	79
I.4.1.2 Distinções Entre Enriquecimento Sem Causa e Responsabilidade Civil	83
I.4.1.3 A Poupança de Despesas Como Enriquecimento	85
I.4.2 AUSÊNCIA DE CAUSA	89
I.4.4 REQUISITOS REDUCIONISTAS	98
I.4.4.1 O Empobrecimento	99
I.4.4.2 Ausência de Culpa de Quem Exige a Restituição	102
I.4.4.3 Subsidiariedade	103
I.4.4.4 EXIGÊNCIA DE IMEDIAÇÃO	110
I.5 - OBJETO DA OBRIGAÇÃO DE RESTITUIR O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	113
I.5.1 JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA	116
I.5.2 O DESAPARECIMENTO DO ENRIQUECIMENTO	119
I.5.3 A PRESCRIÇÃO DA AÇÃO DE ENRIQUECIMENTO	122
PARTE II O ÂMBITO DE APLICAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	124
II.1 HIPÓTESES DE ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NOS QUADROS DO ENRIQUECIMENTO FORÇADO	129
II.1.1 ENRIQUECIMENTO FORÇADO	129
II.1.2 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA NO ENRIQUECIMENTO FORÇADO	131
II.1.3 AS BENFEITORIAS REALIZADAS POR POSSUIDOR	132
II.1.4 ACESSÕES	135
II.1.4.1 Acessões Naturais	136
II.1.4.2 Acessões Artificiais ou Industriais	137
II.1.4.3 Especificação	143
II.1.4.4 Confusão, Comissão e Adjunção	144
II.2 O PAGAMENTO INDEVIDO	145
II.2.1 O PAGAMENTO INDEVIDO COMO MODALIDADE DO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA	145
II.2.2 PAGAMENTO INDEVIDO OBJETIVO E PAGAMENTO INDEVIDO SUBJETIVO	147
II.2.2.1 Indevido Objetivo	148
II.2.2.2 Indevido Subjetivo	151
II.3 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA POR INTERVENÇÃO NO PATRIMÔNIO ALHEIO	154
II.3.1 USO, CONSUMO E FRUIÇÃO DE BENS ALHEIOS	155
II.3.2 DISPOSIÇÃO DE DIREITOS ALHEIOS	156
II.3.3 PRESTAÇÃO DE SERVIÇO NÃO CONTRATADO	157
II.3.4 LUCRO POR INTERVENÇÃO	158
II.3.5 PROPRIEDADE INDUSTRIAL	164
II.3.6 DIREITOS DA PERSONALIDADE	168
II.4 O ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA DECORRENTE DA INVALIDADE DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS	172
II.5 ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA E CONTRATO	180

CONCLUSÃO	190
BIBLIOGRAFIA	196
ÍNDICE	205